

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**El abordaje en el derecho español vigente**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Agustín Corrales Elizondo**

DIRECTOR:

**Jesús Rubio García-Mina**

**Madrid, 2015**

Rd. 54.392

TE  
208

"EL ABORDAJE EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE"

TESIS DOCTORAL

Director: Cat. Dr. D. Jesús Rubio García-Mina.

Alumno. -Agustín Corrales Elizondo-



i 37 82 1271

## INTRODUCCION

El presente trabajo, ~~que no nos atrevemos a denominar de~~  
~~investigación en sentido estricto,~~ pretende ser <sup>del abordaje</sup> una exposición inte-  
gral de la problemática del abordaje en nuestro Derecho vigente.

~~Por ello,~~ aunque a lo largo de las XIV secciones en las que se en-  
cuentra dividido, se ha querido conseguir un tratamiento unitario,  
de acuerdo con la autonomía que requiere cualquier enfoque actual de  
los temas de Derecho Marítimo, ha sido preciso atomizar los diversos  
puntos en tres esferas esenciales: la mercantil, penal y procesal.  
Creemos ~~que~~ que en el abordaje concurren la mayor parte de los proble-  
mas e intereses en juego en el sector jurídico-marítimo, puesto que  
junto a la responsabilidad penal del Capitán o de los miembros de  
la dotación, se conjugan las recíprocas peticiones patrimoniales  
de todos los interesados en dos aventuras marítimas diferentes,  
en dos fortunas de mar en juego. Si a <sup>para ello</sup> ello ~~añadimos~~ <sup>añadimos</sup> los plurales  
criterios derivados de las diferentes competencias jurisdiccionales  
para resolver un mismo hecho en sus distintas perspectivas y a  
la luz orientadora, pero difusa y dispersa a veces, del Derecho  
Internacional, llegaremos a la conclusión de que el mejor método  
para el estudio <sup>del tema</sup> ~~que se realiza o,~~ al menos, ~~el~~ más asequible es  
el de traer a colación las diversas instituciones en juego, para  
relacionarlas con el hecho del abordaje.

<sup>Ma</sup>  
~~Junto a estos puntos de vista,~~ hemos empleado como fuen-  
tes esenciales la jurisprudencia, las sentencias de los Consejos de



Guerra en la Jurisdicción de Marina, las de las Audiencias y Juzgados y los Laudos arbitrales, tratando de observar los problemas de la legislación vigente en la práctica, para determinar, en algún caso, posibles vías de evolución o reforma. Asimismo se ~~ha~~ utilizado diversos enfoques doctrinales, indagando ante todo sobre su proyección en las normas jurídicas, diseminadas en nuestro Derecho -aparte la normativa internacional- en los Códigos de Comercio y de Justicia Militar y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, además de las normas adjetivas comunes. Esta dual consideración -penal civil- con la correlativa existencia de doble jurisdicción -Militar de Marina y Ordinaria- ha sido tomada en cuenta ~~en todo momento~~, a efectos de razonar formas de mayor equidad, rapidez, agilidad de trámites y claridad en lo sustantivo y en lo procesal.

A pesar de este pretendido practicismo, se estudian con cierto detenimiento algunos problemas clásicos en Derecho Marítimo, como la legislación sobre practicaje, el fundamento de la responsabilidad del naviero y su extensión, la competencia de la Jurisdicción de Marina, etc. Sin embargo los análisis doctrinales han sido sobre todo vías de interpretación, habiéndose utilizado monografías y artículos de revistas especializadas, ~~sin que haya sido posible~~, por razones de destino profesional, la deseable habitualidad en los contactos con los Seminarios de Derecho Mercantil y Penal. A cambio de esa servidumbre, hemos tenido fácil acceso a diversas publicaciones de Derecho Marítimo y, especialmente, <sup>examinando oprimiendo</sup> ~~hemos visto y vivido~~ el problema del abordaje en la Jurisdicción de Marina.

En cuanto a la estructura de la tesis, pueden distinguirse cuatro partes. En la primera, que podríamos denominar "General", se trata el concepto en sus ángulos técnico y jurídico, relacionándolo con la idea de buque. En una segunda sección se formula una clasificación del abordaje. ~~Queremos aclarar aquí~~ que sistemáticamente hemos preferido analizar en dicha sección todos los tipos de abordaje, no porque formen grupos autónomos, sino para encuadrar en bloque todas las cuestiones que surgen en torno al lugar de la colisión, el número de buques o la condición de los mismos, los sujetos de la acción que da lugar al accidente, la razón o causa final de éste, etc. ~~Por ello se plantean en dicho lugar~~ los problemas del remolque, el abordaje múltiple, con práctico a bordo, por fuerza mayor, por vicio propio del buque, de buque de guerra y muchos otros, que de no englobar los de esta forma nos hubieran obligado a multiplicar apartados, perjudicando la necesaria interdependencia de conceptos. La mayor parte de estos puntos estarían encuadrados en buena lógica en un estudio individual jurídico-mercantil o mercantil-marítimo si se prefiere. Hemos optado por la solución expuesta que pretendemos metodológicamente más adecuada aunque no sea plenamente ~~ortodoxa~~.

La segunda parte se refiere al abordaje en el ámbito penal. Esta dividida en tres secciones que abarcan respectivamente los caracteres y elementos del delito, su consideración dolosa y la negligencia e imprudencia en el abordaje culposos, ~~ocupando estos últimos puntos mayor extensión~~, lo que entendemos justificado si se tiene en cuenta que la figura culposa es la que realmente se presenta en la práctica y la que viene a plantear ~~supuestos discutibles desde las perspectivas dogmático-jurídica~~

y ~~político-criminal~~.

En tercer lugar, las secciones VI a XI estudian los ángulos mercantiles del accidente de abordaje. El centro geométrico, alrededor del cual giran todos los apartados de que consta, es la responsabilidad del naviero, cuya figura se proyecta sobre todas las facetas que presenta el acaecimiento de la colisión. A tal efecto se parte del concepto, relaciones con el Capitán, fundamento de la responsabilidad y extensión de la misma en los supuestos de abordaje culpable, fortuito, dudoso y culpable bilateral; para concluir analizando la problemática del seguro marítimo en lo que aquí nos interesa.

Por último, las secciones XII a XIV, tratan la materia procesal en la Jurisdicción de Marina, la duplicidad de jurisdicción, los caminos de su coexistencia y de su interdependencia, la trascendencia, valor y eficacia de la cosa juzgada penal ante la jurisdicción ordinaria y, en fin, todo lo que hemos podido bucear sobre el ser y el deber ser de la actual normativa.

---

Este es, a grandes rasgos, el contenido y la finalidad de estas páginas: la exposición de la legislación y la doctrina sobre la materia, para columbrar en algún caso nuevas vías de interpretación o evolución. Dicho sea con toda la ignorancia pero también con toda la audacia del principiante.

No queremos cerrar esta introducción sin hacer especial referencia al Director de esta tesis, D. Jesús Rubio García-Mina. Sabemos que no admitiría que hicieramos aquí un panegírico de su persona, pero no nos resistimos a dejar constancia de que él

es el autor mediató de lo que de bueno pueda haber en este trabajo. Fué nuestro maestro en la Cátedra de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de Madrid y tuvo la amabilidad de acogernos como profesor ayudante al concluir los estudios de Licenciatura. Desde entonces hasta ahora, hemos tenido el honor de gozar de su permanente magisterio, de su consejo y del constante estímulo, del que tan necesitados estamos todos los que nos iniciamos en cualquier faceta de la vida profesional. Quede patente aquí nuestro más entrañable y permanente agradecimiento.

-----

## INDICE

### I

#### EL CONCEPTO DE ABORDAJE

- A) - Exposición de las definiciones doctrinales.
- B) - Problemas que plantea una definición univoca.
  - a) La idea de abordaje y la idea de buque.
  - b) El problema del lugar de la colisión
  - c) El grado de violencia del choque.
  - d) La posible consideración de los elementos personales.
- C) - Parcelación de la definición y el concepto abstracto.
- D) - Conceptos técnico y jurídico del abordaje.

### II

#### CLASIFICACIONES DEL ABORDAJE

- A) - Clases de abordaje, en general, conforme al Código de Comercio y al Convenio de Bruselas de 1.910 y sucesivos.
  - a) Fortuito.
  - b) Dudoso.
  - c) Culpable bilateral
  - d) Culpable unilateral
- B) - Otras clasificaciones, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean determinados tipos de abordaje y su trascendencia jurídica.
  - a) Por razón del lugar. -
    - 1) En aguas jurisdiccionales.
    - 2) En aguas libres.
    - 3) En puerto.

- 4) En canales
- 5) Fluvial y en aguas interiores
- b) Por el número de buques que internienen en la colisión o por la condición de los mismos. -
  - 1) Con más de dos buques, en general.
  - 2) Sucesivo.
  - 3) Indirecto.
  - 4) En tren de remolque.
    - ) Introducción. Determinación de la responsabilidad.
    - ) Análisis legislativo:
      - a) Las legislaciones nacionales. Particular referencia al enfoque del Codice della navigazione.
      - b) El problema en Derecho español.
  - 5) En navegación en conserva.
  - 6) En que intervenga un buque de guerra.
    - A) El problema a nivel internacional
    - B) El abordaje de buque de guerra en Derecho español. -  
Abordaje de buques públicos y extranjeros en general. -  
La Convención de Ginebra sobre "alta mar" de 29 de Abril de 1958.
- c) Por los sujetos de la acción o personas a quienes puede ser atribuida la colisión. -
  - 1) Alcance de la responsabilidad del Capitán, Patrón, Piloto y demás miembros de la dotación. -
    - a') Responsabilidad del Capitán.
    - b') Responsabilidad del Patrón.
    - c') Responsabilidad del Piloto, del Contramestre y de los restantes miembros de la dotación.

2) Abordaje con práctico a bordo

A) Idea general sobre la responsabilidad del práctico.

- a) El concepto de práctico.
- b) Sistemas de responsabilidad.

B) Legislación española. -

a) Evolución histórica

- a') Antecedentes.
- b') Las Ordenanzas de la Armada.
- c') La Real Orden de 19 marzo de 1.885; la Real Orden de 11 de marzo de 1.886 y la Ley de bases generales.

b) La Ley de Comunicaciones Marítimas y el Reglamento de 13 de Octubre de 1.913.

c) El práctico y su responsabilidad en el C. de C.

- ) Introducción.
- ) El caso concreto del abordaje.

El art. 834 del C. de C.

- a) Justificación y crítica.
- b) Análisis de la doctrina española sobre el art. 834.

d) El Reglamento de 4 de Julio de 1.958.

- a) El práctico, asesor técnico. - El art. 9 del Rto.
- b) Causas por las que sobreviene la responsabilidad del Práctico.
- c) La alusión al art. 618 del C. de C.
- d) Extensión de la responsabilidad del Práctico y responsabilidad disciplinaria del mismo.

d) Por la razón causal. -

- 1) Violación, indebida interpretación o error en la aplicación de las normas reglamentarias:

- a') De las reglas sobre luces y marcas (arts. 2 al 15 y 33 del Reglamento).
- b') De las reglas indicativas e imperativas para casos de niebla sobre velocidad (art. 16 del Reglamento) y señales (art. 15, párrafo c), en el mismo supuesto.
- c') De las demás reglas preceptivas (arts. 28 al 32 del Reglamento).
- d') De las normas sobre rumbo y gobierno (arts. 17 al 27)

2) Por vicio propio del buque.

I) Generalidades. -

- a) Vicio propio descubrirle y vicio propio oculto.
- b) Uso y desgaste de material; vicio descubrible y defecto latente.

II) El problema en Derecho español. -

- a) En el C. de C.
- b) En la ley española de 22 de Diciembre de 1.949.
- c) Conclusiones básicas en Derecho español.
- d) Jurisprudencia comparada. - Nuevas repercusiones del problema de la "diligencia debida" del naviero.

3) Por fuerza mayor. -

- a) Concepto.
- b) La fuerza mayor en el C. de C.
- c) Análisis de la doctrina.
- d) Criterios jurisprudenciales
- e) La S.T.S. de 20 de octubre de 1.970 y el art. 832 del C. de C.

e) En el ámbito o esfera penal. -

- 1) Doloso.



- 2) Culposo.
- 3) Sin responsabilidad penal. La posible consideración de la falta por negligencia o imprudencia con resultado de abordaje.

### III

#### EL ABORDAJE COMO DELITO

##### -) Sistemática.

##### I) Caracteres del delito.

- 1) La acción en el delito de abordaje
  - a) La profesionalidad.
  - b) La dificultad de terminar la relación de causalidad.
- 2) La antijuricidad en el abordaje.
- 3) La tipicidad en el abordaje.
- 4) La culpabilidad (remisión a otro lugar).
- 5) La punibilidad.

##### II) Elementos del delito de abordaje.

- a) El sujeto activo.
- b) El sujeto pasivo.
- c) Objeto material, objeto jurídico y circunstancia de lugar.

### IV

#### EL ABORDAJE COMO DELITO DOLOSO

- ) Consideraciones generales.
- ) El dolo en el abordaje.
- ) Clases de dolo y su proyección sobre el hecho del abordaje.

## V

### EL ABORDAJE COMO DELITO CULPOSO

- I) El delito culposo de abordaje.- Cuestión previa: Delimitación dogmático jurídica de su existencia.-
- II) Nacimiento del delito culposo de abordaje.
- III) La negligencia grave en el abordaje: Generalidades.
  - A) La Negligencia grave.
    - a) Culpa penal y culpa civil
    - b) Concepto de negligencia grave.
    - c) Criterios que caracterizan la culpa en el abordaje en Derecho comparado. Necesidad de acudir al concepto civil de culpa. Grupos a considerar:
      - 1) Anglo-americano
      - 2) Francés
      - 3) Alemán
      - 4) Holandés
      - 5) Particularidades de los sistemas finlandés, sueco, noruego, israelí, griego y argentino.
    - Correlación con los problemas de competencia.
    - d) Conclusiones del análisis comparativo.
  - B) La negligencia grave en el Derecho y Jurisprudencia españoles en torno al abordaje culposo, como delito.
    - a) Introducción
    - b) Los criterios jurisprudenciales sobre negligencia grave, en abordaje, en las Sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar.
    - c) Las sentencias sobre negligencia grave, en abordaje, da das en nuestros Consejos de Guerra.

- d) Conclusiones básicas del estudio jurisprudencial y de las sentencias de nuestros Consejos de Guerra. Crítica y justificación de los criterios de culpa y negligencia grave.

#### EL ABORDAJE COMO DELITO CULPOSO (Continuación)

#### IV) La imprudencia en el abordaje

- a) Generalidades
- b) Tipos de imprudencia reconocidos como susceptibles de integrarse en los artículos 59 y 60 de la L.P.D.M.M.
- c) El problema en la doctrina.
- d) Análisis jurisprudencial .
  - a') Evolución histórica: Sentencias del Consejo Supremo de Guerra y Marina.
  - b') Criterios imperantes en las SS. del Consejo Supremo de Justicia Militar.
  - c') Sentencias de nuestros Consejos de Guerra.
- e) La aplicabilidad del art. 565 en supuestos de abordaje culpso.
  - 1) Generalidades.
  - 2) La Memoria de la Fiscalía de la Zona Marítima del Cantábrico en 1.968. - Consideración parcial.
  - 3) Otros problemas suscitados en dicha Memoria.
    - a') El abordaje culposo y el concurso de delitos.
    - b') La profesionalidad en la L.P.D.M.M.
- f) Imprudencia, impericia y error náutico.
- g) Conclusiones del análisis de la imprudencia causante de abordaje culposo.

## VI

### EL CONCEPTO DE NAVIERO Y SU PROBLEMÁTICA

#### - Análisis general -

- a) Qué debe entenderse por naviero?
- b) Las navegaciones no comerciales.
- c) La publicidad del naviero.
- d) Responsabilidad del naviero y responsabilidad del Capitán en el abordaje: Ideas previas.

## VII

### LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN EL ABORDAJE

#### I) Introducción.

#### II) Fundamento.

- a) Nacimiento de la relación naviero-capitán y naviero-restantes miembros de la dotación.
  - a') La relación naviero-capitán en su nacimiento.
  - b') La relación naviero-restantes miembros de la dotación en su nacimiento.
- b) Naturaleza de la responsabilidad.
  - a') Responsabilidad subjetiva del naviero.
    - a'') La protección al tercero
    - b'') Aspectos económico-mercantiles
    - c'') Consideraciones históricas. - Contraste de la evolución legislativa.
  - b') Responsabilidad del empresario o de la empresa de navegación.
    - a'') Presupuestos jurídico-subjetivos.
    - b'') El naviero, titular de la responsabilidad en el derecho español vigente, por su condición de empresario.

c') A) Responsabilidad contractual y extracontractual.

Los actos lícitos o ilícitos del capitán. El caso especial del time-charter.

B) El abordaje y la responsabilidad extra-contractual

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al problema; consideración especial de la S.T.S. de 17 de Abril de 1.964:

a) El concepto del naviero y la relación naviero-capitán-miembros de la dotación.

b) Responsabilidad civil principal directa del naviero. La posible responsabilidad penal subsidiaria. Los artículos 811 al 813 del Código de Justicia Militar. Remisión a otro lugar.

c) Otros aspectos doctrinales sobre el fundamento extracontractual de la responsabilidad del naviero en el abordaje culposo, en relación a los supuestos contractuales de vinculación.

## VIII

### LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN LOS CASOS DE ABORDAJE FORTUITO; DUDOSO Y CULPABLE BILATERAL.

A) El supuesto de abordaje fortuito.

B) El abordaje dudoso y sus consecuencias.

C) Las responsabilidades en el caso de culpa común.

## IX

### EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO.

Introducción: - Sistemas de limitación.- Los Convenios de Bruselas de 10 de Octubre de 1957 y 29 de Abril de 1961.- Otras formas legales y convencionales de limitación y en su caso de exoneración de responsabilidad, vinculadas al contrato de fletamento.

- ) Contraste entre el sistema de limitación de responsabilidad del naviero para el caso de abordaje y los demás sistemas.-
- ) El sistema legal español. -
  - ) Los arts. 587 y 837 del C. de C.
  - ) Criterio general: Sistema de abandono.
  - ) Criterio especial: Sistema "ad valorem" para el supuesto de abordaje.

## X

### EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN EL ABORDAJE

La reparación de daños y la indemnización de perjuicios

- I) El principio de la "restitutio in integrum".
- II) Alcance y limitación de la reparación e indemnización.
  - a) La XXV Conferencia del Comité Marítimo Internacional.
  - b) Extensión de la responsabilidad objetivamente.- Daños y perjuicios susceptibles de reparación o indemnización.- Tratamiento especial del "Lucrum cessans".- Análisis de la jurisprudencia internacional y principios doctrinales

- c) El problema en los Tribunales Españoles.-
  - a') Principios generales.- La limitación de responsabilidad del artículo 837 del Código de Comercio
  - b') El valor del buque abordado sin culpa y de las reparaciones.
  - c') La indemnización por perjuicios sufridos a consecuencia de inmovilización del buque.- El caso especial de los pesqueros.
  - d') Otros problemas que pueden plantearse en el ámbito de las reparaciones e indemnizaciones: el reemplazamiento del buque; el caso especial del time-charter; lugar de valoración y moneda en que deben abonarse las cantidades determinadas en la sentencia.

## XI

### ABORDAJE Y SEGURO MARITIMO, EN DERECHO ESPAÑOL.

- a) Antecedentes Históricos.
- b) Análisis del articulado del C. de C.
- c) El abordaje en las pólizas de seguro marítimo.
  - a') Introducción.
  - b') Las pólizas-tipo de la Institute time clauses.
  - c') Las clausulas usuales de abordaje en las pólizas-tipo inglesas.
    - 1) La clausula de colisión británica o "running down clause".
    - 2) La "sister ship clause" y otras clausulas no específicas del abordaje.
  - d') Las pólizas españolas de 1.934 y las reformadas vigentes y usuales.

## XII

### EL ABORDAJE COMO PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN LA JURIS- DICCION DE MARINA; EN DERECHO ESPAÑOL.

La competencia de la Jurisdicción de Marina.

- I) Consideración general.
- II) Proyección sobre el hecho del abordaje; justificación de la competencia:
  - a) Razones técnicas.
  - b) Dependencia del tráfico marítimo de las Autoridades de la Armada.
  - c) La evolución histórica.
  - d) Existencia de propia dogmática penal.

## XIII

### EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ABORDAJE EN LOS ARTICU- LOS 808 AL 817 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.

- 1) Iniciación.
- 2) Sumario y periodo de prueba.
  - Estudio de las pruebas en particular:
    - a) Análisis fáctico y circunstancias que rodean al hecho.
    - b) Testifical.
    - c) Pericial.
    - d) La aportación de pruebas por el armador, aseguradores, interesados en la carga o cualquier otra persona que tenga intereses en el procedimiento. Razón de ser y alcance de esta participación indirecta en la instrucción.
    - e) El artículo 812 del Código de Justicia Militar.



- f) El artículo 813 y el embargo preventivo de buques extranjeros.
- g) El artículo 816 y sus repercusiones en el análisis de la posible responsabilidad subsidiaria del naviero, armador, asegurador u otro interesado.
- h) Otros problemas del procedimiento.

#### XIV

#### LA COEXISTENCIA DE LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y DE MARINA EN MATERIA DE ABORDAJE. - CONCLUSIONES SOBRE LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA.

- 1º) La marginación del naviero, asegurador y demás interesados en el procedimiento ante la Jurisdicción de Marina. La posible insuficiencia del art. 811 del Código de Justicia Militar.
- 2º) Trascendencia, valor y eficacia de la cosa juzgada penal ante la Jurisdicción Ordinaria, en el abordaje. -
  - ) La posible excepción de cosa juzgada.
  - ) El Juez civil ante la sentencia absolutoria del Consejo de Guerra.
  - ) Jurisprudencia sobre el problema y Sentencias de las Audiencias Territoriales y de los Juzgados de primera instancia.

-----

#### XV

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## EL CONCEPTO DE ABORDAJE.-

### a) Exposición de las definiciones doctrinales.-

En términos similares, la mayor parte de las concepciones delimitadoras del abordaje parten de considerar a éste como el "choque entre dos buques", así, v.gr. Garrigues, en el tomo II de su Curso, García Parreño, en el Diccionario Marítimo -aunque amplía objetivamente el concepto, al hablar de choque entre "dos o más buques".- Fariña (Tomo III) habla de colisión o choque entre buques, aunque determina que este concepto debe de limitarse con consideraciones de derecho; Vigier, en su Curso, se refiere a "choque violento entre buques" y Orcasitas hace una definición analítica, al decir que es un "choque violento en aguas marítimas o interiores de dos embarcaciones que navegan o son susceptibles de navegar, y que entran en colisión por propio impulso o porque una de ellas haya sido forzada por una tercera, siempre que no estuvieran dedicadas todas ellas a tráfico fluvial". El problema de la justificación del acercamiento lo toca García Frias (1), al decir que es "el accidente marítimo en ocasión de un acercamiento injustificado en que las partes implicadas gozan o son susceptibles de la determinación apropiada para evitarlo". Esta condición de navegabilidad fué ya tenida en cuenta como requisito esencial por Danjon en su Tratado, al hablar de "choque de dos buques, es decir, de dos embarcaciones que navegan o son susceptibles de navegar". Otros requisitos que se exigen en las definiciones son los de movilidad de los buques (Querol, aun

-----

(1) G. Frias: Teoría jurídica del abordaje, en la Revista Española de Derecho Marítimo (I Jornadas Nacionales)

que específicamente para la existencia típica del abordaje delictivo) y el de existencia de elementos personales a bordo de los buques que colisionan (Gay de Montella). Sin ninguna otra modificación de criterio, prefiriendo la síntesis, limitándose sólo a exponer el hecho en sí, se encuentran casi todas las concepciones de la doctrina española (Uría, Gella, etc.).

Thiebaut (Traité théorique et pratique de l'abordage maritime, 1903, pag. 2), restringe el concepto, afirmando que para que exista choque; y en segundo término que dos buques sean los encontrados; no se producen las consecuencias jurídicas del abordaje cuando un navío choca con un pontón o cualquier otro objeto, aunque el choque se produzca a consecuencia de un viraje que ha sido llevado a cabo para evitar colisionar con otro buque. Otra delimitación es la realizada por Fariña, no en el antes citado Tomo III de su Derecho Comercial Marítimo, sino al comienzo de su obra "Abordajes, Reglamentación internacional", donde extiende aquella definición de hecho, al decir que el abordaje "representa el choque producido entre dos o más buques, ocasionandose daños".

Como puede apreciarse del conjunto de definiciones expuestas, la doctrina, participando de lo peligroso de la definición en el ámbito jurídico, no suele ser analítica, y ello creemos, por las siguientes razones:

- Por la dificultad de determinación del concepto de buque.
- Por la problemática de considerar o no el lugar de colisión como elemento delimitador.
- Por la necesidad de acoplar un presupuesto fáctico de hecho, en dos vertientes: técnica y jurídica.

- En base a las múltiples facetas jurídicas del hecho del abordaje.
- Por la dificultad de acudir a criterios subjetivos previos, con riesgo de plantear en la definición del accidente en sí, problemas de responsabilidad y demás consecuencias jurídicas.

Al tratamiento de algunos de estos problemas van dirigidos los siguientes epígrafes.

b) Problemas que plantea la definición unívoca:

a') La idea de abordaje y la idea de buque. -

De algunas de las definiciones transcritas se deduce uno de los problemas más tradicionales de nuestro Derecho Marítimo: Si el abordaje es un choque o colisión entre buques ¿qué debe entenderse por buque? o más concretamente ¿qué se considera buque a efectos de abordaje?

Algunos de los conceptos estudiados evitan el problema acudiendo a un sinonimo menos comprometido, el de embarcación, pero no parece una solución aceptable, porque comenzaría de nuevo el círculo vicioso de distinguir, en su caso, embarcación de buque que no sea embarcación. Mejor criterio es el de quienes se refieren a la necesidad de las condiciones de navegabilidad, puesto que de este modo suprimen el aparato flotante sin autonomía, gobierno o existencia propia por y para navegar por sí mismo.

En este sentido, creemos que debe partirse de dos requisitos: la flotabilidad y la susceptibilidad de navegación. Así en es

ta abstracción de partida, parece pensar el Reglamento Internacional para prevenir abordajes en la mar, al decir en su artículo primero, apartado c) punto I:

" La palabra buque designa todo flotador de cualquier naturaleza que sea, excepto los hidroaviones amarados, utilizados o susceptibles de ser utilizados como medios de transporte sobre el agua".

Como puede observarse, ni siquiera se hace uso de la idea de navegación, que el mismo apartado c) relega a los subapartados III y IV, que se refieren al buque de propulsión mecánica y a vela, respectivamente; o lo que es lo mismo, da un concepto abstracto y generico de buque, como "flotador", para referirse luego a tipos de buques en particular, a los cuales van dirigidos, especificando su condición, los restantes artículos del Reglamento.

Según este criterio, pierde importancia la definición a efectos de abordaje, puesto que lo que realmente interesa es, entonces, especificar los buques sobre los que revertirán los efectos jurídicos del accidente, y estos son precisamente todos los que (con propulsión mecánica, veleros, etc.) ostentan las condiciones que los hacen susceptibles de navegación.

Parafraseando el Reglamento de Registro Mercantil, en su artículo 146, podríamos aquí decir que se reputarán buques, a efectos de abordaje, todos aquellos que ostenten las características de ser susceptibles de flotabilidad y de navegabilidad. Advirtamos, sin embargo, que esta afirmación sólo cabe en el marco de las genera

lidades sobre el problema, lo único que indica está, en principio, desvinculado de las consecuencias jurídicas, sujetas siempre no a dilucidar qué es el buque en el abordaje, sino en qué casos responde el asegurador por colisión, v.gr. En este sentido, los ingleses y holandeses, a través de su jurisprudencia, y también los tribunales norteamericanos, llegan a llamar abordaje (collisión) al choque entre buques y objetos fijos y flotantes.

Nuestros requisitos, por tanto, son los del concepto primario estricto de abordaje, conforme a su significado técnico.

Pero, insistimos, no puede hablarse de reglas generales a este respecto, a la luz del Reglamento de abordajes, que, al referirse en un principio a flotador exclusivamente, deja la puerta abierta a las legislaciones para la adopción de criterios propios.

En este sentido, pueden observarse los siguientes criterios ante el problema en Derecho Comparado:

-Extensivo-

Considera buques, a efectos de abordaje, los pontones flotantes, dragas, gabarras, gánguiles, etc. Llega a hacerse aplicable el concepto al choque con obras e instalaciones fijas, en legislaciones como las de Holanda (Art. 544 a) del C. de C.), Inglaterra (Ley Harbour Docks and Piers Clauses Act, de 1847) y Estados Unidos.

-Intermedio-

Considera el concepto de buque tradicional, si bien extendiéndolo a dragas, pontones, gabarras, etc., cuando tengan auto-

nomía y navegación propia (se excluye el flotador simple o la embarcación tipo gabarra que rompiendo sus amarras va a chocar con la hélice de un buque o el choque de un buque con los restos de otro). Entre las legislaciones que siguen este criterio pueden citarse las de Francia, Bélgica, España, Argentina, etc.

#### -Rest restrictivo-

Limitación total del concepto de buque, excluyéndose incluso el cuerpo flotante autónomo (salvo a efectos de seguro), sin que exista, sin embargo, en varios análisis jurisprudenciales, gran diferencia respecto al sistema intermedio, en muchos casos. Pueden incluirse en este grupo las legislaciones de Italia, Alemania y Países Escandinavos.

#### Sistema del Convenio de Bruselas.

La restricción, en todo caso, surge no respecto del concepto de buque en sí, a la vista del Convenio de 1910, sino acerca del criterio para delimitar el buque de mar. Es decir, el problema en el Convenio parece enfocarse en sentido restrictivo, por cuanto la distinción viene a enfocarse entre buques de navegación marítima y fluvial. Desde este punto de vista, el artículo primero se refiere a que no habrán de tenerse en cuenta las aguas donde tenga lugar el abordaje. El criterio es aplicar sus normas, con la única exclusión de los abordajes entre dos buques de navegación interior, requiriéndose únicamente, por consiguiente, que uno al menos de los buques sea de navegación marítima; distinción esta que no ha sido adaptada rigurosamente, existiendo varias legislaciones que asimilan ambos tipos de buques y navegaciones, a efectos de abordaje.

Pero estos problemas, son objeto del siguiente apartado.

b') El problema del lugar de la colisión.

En alguno de los conceptos que antes analizabamos, se hacía figurar como requisito definidor del abordaje la consideración del lugar donde acaece. Los dos puntos de vista extremos serán la restricción al marítimo de un lado, y la conclusión del fluvial y lacustre -junto a aquel- de otro. A nosotros nos parece que el abordaje es concepto restringido, pero desde el punto de vista de los buques, no del lugar. Las legislaciones -y la española en particular- hablan de "accidentes marítimos", pero en este concepto hay que entender los que acaecen en rias navegables y, en general, en aguas navegables de toda zona marítima. Cabe plantearse aquí dos problemas:

- Si en estas demarcaciones es abordaje la colisión entre todo tipo de buques, a efectos de su regulación normativa, incluidos los de navegación deportiva o de recreo.
- Si la normativa es, en general, aplicable a los accidentes acaecidos en lagos o aguas interiores navegables, entre buques que en ellas se encuentren.

Ambos problemas los vamos a enfocar desde el ángulo de la legislación española.

Respecto del primer punto no debe efectuarse exclusión alguna, siguiendo el criterio general de condiciones requeridas para la consideración de buque a efectos de abordaje del anterior



apartado, que entendemos debe ser abstracto y comprensivo, por tanto, de todo tipo de embarcaciones.

Respecto de la segunda cuestión, habrá que distinguir la vinculación o no de estas aguas al mar, puesto que por aguas interiores pueden entenderse, y este es nuestro punto de vista, las que sin ser parte del mar territorial forman los puertos, radas, bahías, mares cerrados, estrechos, lagos y rios. En estos supuestos surge únicamente duda respecto de lagos y rios, independientes de toda vinculación de navegabilidad enlazada con la mar. La solución al problema nos la da el artículo 1º del Reglamento internacional para evitar abordajes en la mar, al especificar que sus artículos deberán cumplirse por todos los buques e hidroaviones en alta mar y en todas las aguas que tengan comunicación con ella y sean accesibles a los buques de navegación marítima, salvo las excepciones previstas en el artículo 30. Dicho artículo 30 se refiere a la posibilidad de aplicación de reglamentos especiales, dictados por las autoridades locales, relativos a la navegación en radas, rios o aguas interiores.

De lo expuesto se deduce que -en principio- el Reglamento piensa solamente en navegación marítima o dependiente directamente del mar. Este es el criterio general. Esto, sin embargo, no excluye la posibilidad de navegación que requiera regulación propia, en aguas interiores, pero entendemos que el artículo 30, al hablar de aguas interiores, se está refiriendo al criterio restrictivo, vinculando a la mar tales aguas.

En cualquier caso no debe adoptarse una solución extrema, separando totalmente la idea de abordaje en los lagos o rios na-

vegables. En este punto deberán ser tenidas en cuenta las condiciones de los buques y el tipo de navegación que verifican, tipo de títulos para realizarla, etc; en una palabra, considerar la idea mercantil y penal del abordaje. Excluir como hace Orcasitas, el supuesto en el que todas las embarcaciones se encuentren dedicadas al tráfico fluvial, debe hacerse sólo pensando en la idea que de abordaje surge desde el punto de vista delictivo, a la vista de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante. Mercantilmente, en general, consideramos que lo relevante no será que el tipo de buque sea de los dedicados a navegación fluvial; importará que esta navegación sea mercantil, por el objeto y la condición del acto, por los elementos personales de la dotación y por la razón causal o contractual por que se realiza; y, en todo caso, aún sin reunirse tales requisitos, el amplio concepto de abordaje no deja lugar a dudas sobre los tipos de buque. Aunque sea de apreciar la restricción en abstracto para aguas interiores que no sean continuas en navegabilidad respecto de las marítimas, creemos que no es de considerar el hecho de que las embarcaciones se dediquen o no a tráfico fluvial, salvo que se pongan en relación las exigencias de lugar y buque, en cuyo caso la restricción podría plantearse, pero afirmando que los preceptos de abordaje no se aplicarían en aguas fluviales interiores, cuando se produjera por dos o más buques dedicados a navegación fluvial; ahora bien, orientar así el problema es mixtificar innecesariamente dos ámbitos de la definición: el del lugar de colisión y el de la condición de los buques que en ella concurren. Por todo lo expuesto, venimos en concluir la irrelevancia de la dedicación a navegación fluvial de los buques que, quizás pensando en aspectos relacionados con el lugar de colisión, se cita en el concepto del Diccionario de Derecho Privado.

c') El grado de violencia del choque.

Sólo en algunas definiciones de tratadistas españoles de Derecho Marítimo se alude a la necesidad de la violencia en el choque causante de abordaje, o mejor constitutivo del abordaje. Así Gamochogicoechea (2), Vigier, etc. A nosotros nos parece que se trata de no dar una delimitación técnica del abordaje, en estos criterios, sino más bien de describirlo. Otras expresiones marineras como abarloamiento (acercamiento hasta la unión entre los cascos) o aconchamiento (choque de menor envergadura, parcial) incitan a creer que la idea de abordar precisa la fuerza o la violencia en la colisión. Desde este punto de vista, en el ámbito de la precisión de distintivos, debe admitirse como buena la consideración de la violencia del choque, pero lo cierto es que jurídicamente no es relevante el choque, sino las consecuencias de este. No nos va a interesar, ni en el estudio del delito de abordaje (donde la consideración del resultado dañoso va a ser esencial) ni en el análisis del abordaje como avería, que sólo va a fijarse en la evaluación de daños que fundamenta su existencia como institución jurídico-mercantil, el grado de violencia del choque. Sólomente, para definir el abordaje como accidente de la navegación, puede ser necesaria la precisión a la que aludimos.

Otros autores, como Brunetti (3) se fijan no en la violen

---

(2) F. Gamechogicoechea. Tratado de Derecho Marítimo Español. Bilbao, 1943.

(3) Brunetti. Derecho Marítimo privado italiano. Traducción de Gay de Montella.

cia, sino en lo que pudieramos delimitar como la dinámica del choque, útil camino para diferenciar el abordaje simple del múltiple. Así, para Brunetti, el concepto es el de "colisión entre dos naves independientes entre sí, sea por propio impulso, sea porque una de ellas haya sido abordada por una tercera, acaecido en aguas marítimas o internas".

Puede decirse, por consiguiente, que sólo a nivel técnico y formal tiene relieve el referirse a choque violento, lo que excede del sentido jurídico, cuya definición tratamos de deslindar en este lugar.

Contra esta postura, además de los citados, Fernández Repeto parece considerar esencial la estudiada circunstancia, al definir el abordaje como "choque violento de dos buques entre sí, cualesquiera que sea la causa que lo produzca". En favor de nuestra postura, García Frias, quien la lleva a sus últimos extremos, al decir: "No parece necesario concretar el hecho del choque para que el elemento material quede definido, ya que si la expresión "accidente marítimo" la acompañamos del elemento espacial, es evidente que el producido en ocasión de un acercamiento injustificado no puede ser debido más que al hecho dinámico del choque o cualquier otra perturbación violenta que sea consecuencia de aquel".

d') La posible consideración de los elementos personales.

Una sola definición, que conozcamos, en la doctrina española, se refiere a los aspectos subjetivos del abordaje. Es la de Gay de Mont<sup>II</sup>ea, cuyo concepto es el de "colisión de buques con

tripulación a bordo y mandados por capitán o patrón". Lo que es te punto de vista pretende, para nosotros, es poner de manifiesto la necesidad del requisito de autonomía, que en su lugar relacionábamos con el de navegabilidad. Sin duda se está pensando en una con crección jurídica del concepto técnico, desterrando -de otra parte- los antiguos criterios de responsabilidad del buque en sí. Se tiende a evitar que pueda considerarse forma de este accidente marítimo el choque con objetos flotantes, con plataformas sin dirección y sin director, en particular. Sin embargo, sin perjuicio de estar de acuerdo lógicamente con la justificación de la postura, creemos que no puede establecerse tan personificadamente. Bastará aludir a la autonomía, movimiento ordenado racionalmente depen diente del hombre. Evidentemente un buque, en el sentido común o propio del término, deberá llevar una dotación jerárquicamente organizada, dirigida por Capitán o patrón, o en caso de intrusis mo, por quien haga sus veces, pero ni es absolutamente necesario para que se produzca el abordaje, ni en principio nos interesa, hasta el momento de plantearnos problemas de responsabilidad y análisis de las consecuencias jurídicas.

c) Parcelación de la definición y el concepto abstracto.-

Vamos a determinar la concurrencia de requisitos necesarios o cuasi-necesarios, parcelando lo que pudieramos denominar anatomía del abordaje; recopilando a modo de conclusión los diversos enfoques antes expuestos.

Hay abordaje:

- Al darse un supuesto de colisión, con el grado de violencia su-

ficiente para producir un resultado dañoso, entre buques.

- La colisión debe darse en aguas marítimas o dependientes (sivientes, podríamos decir en términos de servidumbres de derecho privado) -aún interiores- del mar o de la navegación marítima.
- El término buque debe ser interpretado en sentido amplio, con los requisitos de flotabilidad y navegabilidad.
- No es necesaria la consideración de elementos personales, al menos en un concepto técnico y jurídico-abstracto del abordaje. En el aspecto delictivo del mismo, sí será necesaria su consideración para determinar el sujeto activo -capitán, patrón o miembro de la dotación-, culpable del abordaje. En general cabrá precisar estos aspectos subjetivo-personales, en el momento de calibrar las consecuencias jurídicas del hecho, pero no como cuestión previa ni como requisito necesariamente constitutivo. Una cosa es la existencia y otra la imputabilidad del abordaje.
- Del lugar y no de la dedicación habitual a tráfico fluvial de las embarcaciones, deberá partir una definición abstracta. Si consideramos el término buque en sentido amplio, desde el punto de vista mercantil del estudio del accidente marítimo y por supuesto desde el ángulo técnico, no parece propio ni procedente pensar en la dedicación habitual finalista de los buques; bastará precisar la circunstancia del lugar, como módulo restrictivo.
- Tampoco consideramos requisito constitutivo el hecho de que

deba precisarse que los buques naveguen por propio impulso, o por impulso de un tercero, en el supuesto de abordaje múltiple. De una parte porque "grosso modo" ello está incluido en el hecho de la susceptibilidad de navegación y de otra porque quedarían excluidos los supuestos de buques que navegan totalmente a la capa o que no les responde la máquina; incluso parece inducirse un criterio de personificación de la nave; además, se reincidiría en aspectos subjetivos que exceden de la caracterización concreta que debe acompañar a todo concepto.

Por ello entendemos que puede proponerse como concepto abstracto de abordaje, el siguiente:

"Colisión entre dos o más buques, que ostenten condiciones de flotabilidad y navegabilidad, acaecida en aguas marítimas o interiores, a consecuencia de la cual se produzca un resultado dañoso".

c) Conceptos técnico y jurídico del abordaje. -

Nada más, prácticamente, hemos de añadir en este epígrafe, que no haya sido tratado en los anteriores. Su justificación es triba en puntualizar que el abordaje es un hecho que, por la vía del resultado dañoso, adquiere relevancia en el ámbito del derecho, convirtiéndose en accidente marítimo con consecuencias jurídicas, que harán nacer la avería particular "sui generis" de su nombre, la consideración fortuita o culpable de su dinámica y el establecimiento de si supone conducta delictiva, desde el ángulo del Derecho penal, o si se quiere, penal marítimo. Técnicamente habrá abordaje por el mero choque entre buques, incluso, desde este ángulo po

dría requerirse la necesidad de la violencia del choque. Jurídica-  
mente el abordaje es el accidente marítimo, definido conforme al a  
apartado anterior, en abstracto, que produce consecuencias jurídi-  
cas.

-----



## II

### CLASIFICACIONES DEL ABORDAJE. -

#### I Sistemática. -

Podemos estudiar este epígrafe en dos apartados, el que se refiere a la clasificación tradicional mercantilista, que abarca todos los supuestos, y el metodológico que adoptamos para tratar de analizar no tipos de abordaje sino circunstancias que rodean a cada caso convirtiéndolo en especial y que justifican su análisis aislado. En este sentido distinguimos:

A) Clases de abordaje, en general, conforme al Código de Comercio y al convenio de Bruselas de 1.910:

- a) Fortuito.
- b) Dudoso.
- c) Culpable bilateral.
- d) Culpable unilateral.

B) Otras clasificaciones, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean determinados tipos de abordaje y su trascendencia jurídica. -

a) Por razón del lugar.

- 1) En aguas jurisdiccionales.
- 2) En aguas libres. (alta mar)
- 3) En puerto.
- 4) En canales
- 5) Fluvial y en aguas interiores.

b) Por el número de buques que intervienen en la colisión o por la condición de los mismos.

- 1) Con más de dos buques, en general
- 2) Sucesivo
- 3) Indirectos
- 4) En tren de remolque
- 5) En navegación en conserva
- 6) En que intervenga un buque de guerra

c) Por los sujetos de la acción que de lugar a la colisión.

- 1) Capitán, patrón u otro miembro de la dotación
- 2) Abordaje con práctico a bordo.

d) Por la razón causal.

1) Violación, indebida interpretación o error en la aplicación de las normas reglamentarias:

a') De las reglas sobre luces y marcas (arts. 2 al 15 y 33 del Reglamento).

b') De las reglas indicativas e imperativas para casos de niebla, sobre velocidad (art. 16 del Reglamento) y señales (art. 15, párrafo c)), en el mismo supuesto.

c') De las demás señales preceptivas (arts. 28 al 32 del Reglamento).

d') De las normas sobre rumbo y gobierno (arts. 17 al 27)

2). Por vicio propio del buque

3). Por fuerza mayor

c). En el ámbito o esfera penal

- 1). Doloso
- 2). Culposo
- 3). Sin responsabilidad penal, La posible consideración de la falta por negligencia o imprudencia con resultado de abordaje.

A) Clases de abordaje, en general, conforme al Código de Comercio y al Convenio de Bruselas de 1.910. (1)

a). Fortuito. -

Es aquel que es debido a causa no imputable a ninguno de los buques intervinientes en la colisión o a fuerza mayor. Su presupuesto es, por tanto, que no haya existido culpa o negligencia por parte de cualquiera de ellos. Se parte de que ninguno de los buques deja de adoptar las precauciones necesarias; gobierna o maniobra acertadamente sin contravenir las prescripciones reglamentarias, pero por acaecimientos imprevisibles o por fuerza mayor sobreviene la colisión.

No es posible generalizar en torno a los diversos tipos de acaecimientos imprevisibles que justifiquen una calificación de fortuidad. Se citan el temporal, la niebla sobrevenida, las averías en máquinas, la rotura de la cadena del timón o de las estachas que unen a las boyas de amarre, huracán violento que hace garrear

-----

(1) Las consecuencias patrimoniales y el análisis de la responsabilidad del naviero en los cuatro tipos de fortuito, dudoso, culpable bilateral y culpable unilateral, serán objeto de tratamiento independiente en otros lugares de este estudio, así como la fundamentación jurídica de esa responsabilidad. Aquí nos limitaremos a definir y deslindar estos casos.

las anclas en fondeo, etc. (2).

Aunque en la clasificación que hemos realizado hemos hecho apartado independiente de la fuerza mayor, la distinción "ca-sus" - "vis maior", no tiene relevancia a efectos de abordaje, siendo asimilables en el ámbito de las consecuencias patrimoniales. Basta la impresibilidad o la inevitabilidad del evento causal para tipificar la fortuidad.

-----

- (2) Fariña, al respecto, cita una serie de casos de tribunales marítimos; tomemos algunos de ellos:

"Esta categoría de abordaje fortuito o por fuerza mayor sólo puede ser fijada en cada caso, según las circunstancias que concurren. Como ejemplos se pueden citar algunos casos: Abordajes entre buques anclados o fondeados, siempre que se pruebe la ausencia de culpa o negligencia respecto a la adoptación de las debidas precauciones en el fondeo o amarraje: S. Marsella, 2-5-1899.

Abordajes por navegar o al entrar en un puerto con una niebla muy densa limitando extraordinariamente el campo de visibilidad: S. Rouen, 28-12-1887; idem, 23-2-1891; idem, 1-3-1893; Cas Francia, 31-12-1894.

Por no avistarse los buques hasta el momento en que el accidente es ya inevitable, debido a circunstancias especiales: S. Havre, 26.12.1888.

Obstaculos imprevistos en un canal, que determinan la colisión, sin intervenir por parte de los buques una infracción reglamentaria de las normas para la navegación en canales o pasos estrechos: S. Burdeos, 5-7-1890.

Los casos más frecuentes son los de una tempestad o huracanes de violencia extraordinaria, que aun habiendose adoptado las previsiones de reforzar amarras pueden en algunos casos revestir tal dureza que hacen garrear las anclas de los buques y romper sus amarras, produciendo inevitables colisiones en-

tre los que se encuentran fondeados en el mismo puerto o dársena y que sólo pueden ser imputados a fuerza mayor. Pero esta circunstancia de fuerza mayor pierde su eficacia si no se han observado las precauciones que las circunstancias aconsejaban: S.T.E. Unidos, 28-1-1898, para el caso de no reforzar amarras con ocasión de un temporal; S. Tolón, 20-11-1896, para el caso de fondear habitualmente en una posición que constituye un obstáculo permanente para la navegación de otros buques; S.T. Sup. Hanseatico: "Aunque el buque esté fondeado, esto no excusa la necesaria vigilancia a bordo y la ejecución de ciertas maniobras para evitar abordajes"; S.T. Rouen, 25-5-1898: "La dotación de un buque amarrado debe aportar todos los cuidados a la vigilancia del amarre. Si a causa de navegar un buque próximo se infringen al buque amarrado sacudidas que le ocasionan averías, su propietario debe probar, para entablar una reclamación por los daños, que el buque en movimiento ha incurrido en una falta por exceso de velocidad; no existiendo esa prueba es válida la presunción de que la violencia de las sacudidas sufridas ha obedecido a una imperfección del amarraje, incumbiendo al propietario del buque amarrado las consecuencias de los daños"; S. Cámara Federal de Apel. de Buenos Aires, 29-8-1938: "Constituye un abordaje fortuito el producido a consecuencia de echarse encima de otro buque fondeado próximo, un vapor amarrado a unos pilares que se encontraban en estado defectuoso, rompiéndose, habiéndole señalado este lugar de amarre las autoridades del puerto".

-----

b). Dudoso. -

Es el abordaje en el que no puede determinarse cual de los buques ha sido el causante del mismo; como expresa el art. 828 del C. de C., no puede atribuirse su imputabilidad a cualquiera de los buques. La causa de la colisión es inescrutable.

Aunque hemos dicho que las consecuencias civiles patrimoniales de cada tipo de abordaje serán estudiadas en su momento, no estará de más puntualizar, en orden a esclarecer las dimensiones conceptuales, las discrepancias que sobre dichas consecuencias existen legislativamente.

En el supuesto de fortuidad, la legislación española (art. 830 del C. de C.), del mismo modo que el Convenio de Bruselas de 1.910 (art. 2º) establece que cada nave y su carga soportará sus propios daños; puntualizando aún más el Convenio al hablar de "quienes hayan sufrido". Paralelamente se establece la equiparación a avería simple -con los mismos efectos, por aplicación del art. 810 del Código de Comercio- del abordaje producido por buque que se encontraba debidamente amarrado y fondeado, por causa de fuerza mayor (en el mismo sentido que el párrafo 2º del Convenio.

En el abordaje dudoso nuestro Código (art. 828) equipara sus efectos al culpable bilateral (3); y es en este punto donde divergen las posiciones del derecho comparado abiertamente, en tres sistemas:

-----

(3) "Cada buque soportará su propio daño y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargos"

- Francés: de reparto por mitad de los daños
- Holandés: reparto de la responsabilidad, proporcionalmente al valor de los buques.
- Angloalemán: asimilación al caso furtuito (cada buque soportará sus propios daños).

El Convenio de 1.910 adoptó este sistema, el angloalemán.

Queda ahora patente el alcance concreto del deslinde entre los distintos tipos de abordaje estudiados.

c) Culpable bilateral.-

Caso de abordaje imputable a ambos buques, nuestra legislación (art. 827 del Código de Comercio) determina que cada buque responderá de sus propios daños y ambos solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargos (término que incluye todos los intereses de carga, flete, etc.). No existe, por tanto, en nuestro sistema el loable criterio del Convenio de 1.910 en orden a posibilitar la graduación y consiguiente responsabilidad proporcional de las culpas de cada buque (4).

d) Culpable unilateral.

Supuesto básico que determina la culpabilidad de uno de los buques participantes en la colisión y que implica su responsabilidad por todos los daños y perjuicios ocurridos a consecuencia de la misma.

-----

(4) Vide consideraciones sobre consecuencias patrimoniales, posteriormente en el análisis de "La responsabilidad del naviero", en estos casos.

Su estudio será objeto de tratamiento analítico en numerosos apartados de este trabajo.

III. Otras clasificaciones, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean determinados tipos de abordaje y su trascendencia jurídica.-

a) Por razón del lugar.

1) En aguas jurisdiccionales.-

O mejor en aguas marítimas jurisdiccionales o "aguas territoriales" (5). Su extensión es irregular oscilando entre, 3, 6, 9 12 o 200 millas. El límite español es el de seis millas desde 1.760 (12 en pesca). Tiene trascendencia en el ámbito penal del abordaje la determinación del lugar de colisión. Por aplicación de los arts. 6, nº 10; 9, 1º, b) y 37 del Código de Justicia Militar (6), se entiende determinada la competencia de la Autoridad

-----

(5) Sobre la correcta elección terminológica de lo tradicionalmente denominado "mar territorial" o "aguas jurisdiccionales" las completas apreciaciones de José Luis de Azcarraga y Bustamante en "Derecho Internacional marítimo", págs. 55 y sigs.

(6) Art. 6 - 10º. Por los de naufragio, abordaje, arribada y los que se hallen consignados en las leyes especiales de Marina y los que se cometan con ocasión de represalias.

Art. 9, 1º b). En aguas del mar, rios navegables, embarcaciones mercantes nacionales o extranjeras, que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima española, de la de sus posesiones o de los países sujetos a su protectorado.

No obstante lo prevenido en el párrafo anterior, cuando se cometa delito a bordo de las embarcaciones mercantes extranjeras que se hallen dentro de la zona marítima española, y el hecho ocurriese entre sus mismos tripulantes, los culpables que no sean españoles se entregarán a los agentes diplomáti-



cos o consulares del país cuyo pabellón lleve el buque en que el delito se hubiere cometido, si dichos agentes los reclaman oficialmente, al no disponer otra cosa los Tratados.

Art. 37. Cuando el delito se haya cometido en el mar, fuera de las aguas jurisdiccionales españolas, y no siendo en buque que forme parte o esté al servicio de una Escuadra o afecto a un Departamento o Base naval, será competente para conocer la Autoridad del Departamento, a cuyas aguas arribe el buque en que se haya cometido el delito o que lo haya descubierto.

Si el buque de que trata el párrafo anterior, arribase al extranjero, será competente la Autoridad jurisdiccional de Marina del puerto español a donde los agentes diplomáticos o consulares de España, del punto de arribada, puedan enviar más fácil y prontamente el reo o reos o los antecedentes del delito. Si el delito se cometiere fuera de las aguas jurisdiccionales españolas, en buque que lleve la orden de incorporarse a Escuadra, será competente la Autoridad jurisdiccional de la Escuadra.

La misma regla establecida en el párrafo anterior, se aplicará también a los delitos cometidos durante la navegación en buques mercantes que arriben a puerto extranjero.

-----

Jurisdiccional de cada zona marítima en abordajes que tengan lugar en aguas de su jurisdicción, entre buques españoles o entre españoles y extranjeros, salvo las excepciones del art. 37 sobre Marina de Guerra. Sensus contrario se excluyen los delitos cometidos a bordo de embarcaciones mercantes extranjeras, dentro de la zona marítima española y entre sus mismos tripulantes.

Naturalmente el problema surge fundamentalmente en el caso de abordaje entre buques de distinta nacionalidad y sobre el mismo, vista la legislación vigente y en particular los Convenios de Bruselas de 10 de mayo de 1.952, sobre unificación de ciertas reglas en materia de competencia civil, y competencia penal, en casos de abordaje puede decirse:

1) que tanto penal como civilmente, el abordaje cometido en aguas interiores puede, en principio, ser reclamado a efectos de competencia por el país en cuyas aguas se comete.

2) Aunque el art. 1 del Convenio sobre competencia penal establezca que el proceso sólo podrá entablarse ante las autoridades del país cuyo pabellón arbola el buque, piensese que el art. 4, afirma que sus normas no son de aplicación en abordajes ocurridos en puertos, radas y aguas interiores (7).

-----

(7) Art. 1.- En el caso de abordaje o de cualquier otro acaecimiento de la navegación relativos a un buque de mar y que puedan dar lugar a comprometer una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para toda otra persona al servicio del buque, no podrá intentarse proceso alguno que no se plantee ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado cuyo pabellón arbola el buque en el momento en que ocurrió el abordaje o el acaecimiento de navegación.

Art. 4.- El presente Convenio no se aplica a los abordajes u otros acaecimientos de navegación ocurridos en los puertos y radas, así como en las interiores.

Además, las altas partes contratantes pueden, en el momento de la firma del depósito de las ratificaciones o con la adhesión al Convenio, reservarse el derecho de poder perseguir las infracciones cometidas en sus propias aguas territoriales.

-----

3) Casos constantes y recientes (v. gr. el "Lotus") muestran como la práctica reduce la competencia a la del puerto de arribada cuando este sea el del pabellón de uno de los buques, sobre todo sobre la proyección civil.

4) En este aspecto, el Convenio sobre competencia civil (8) viene en su art. 1, apartado 6) a atribuir esta al Tribunal del lugar que practica secuestro sobre el buque demandado, a falta de acción ante el tribunal de la residencia habitual del demandado,

-----

(8) Art. 1º.-1) La acción dimanante de un abordaje sobrevenido entre buques de navegación marítima o entre estos y buques de navegación interior podrá ser únicamente planteada:

- a) Ante el tribunal de la residencia habitual del demandado o de una de las sedes de su explotación;
- b) Ante el tribunal del lugar en el que ha sido practicado un secuestro sobre el buque demandado o sobre otro buque perteneciente al mismo demandado en el caso en que el embargo haya sido autorizado, o del lugar en el que el embargo hubiera podido ser practicado y, donde el demandado ha suministrado una caución u otra garantía;
- c) Ante el tribunal del lugar del abordaje, cuando este abordaje ha ocurrido en los puertos y radas o en las aguas interiores

2) Corresponde al demandado decidir ante cual de los tribunales indicados en el párrafo precedente ha de ser planteada la demanda.

3) El demandante no podrá plantear contra el mismo demandado una nueva acción basada en los mismos hechos ante otra jurisdicción sin desistir de la acción ya entablada.

El abordaje se produjo el 2 de agosto de 1.926 y a resultas del mismo se produjo el hundimiento del "Boz Kourt" y la muerte de ocho de sus tripulantes.

El oficial de derrota del buque francés fué detenido por las autoridades turcas de Salónica y condenado a ochenta días de prisión y multa como autor de un homicidio por imprudencia, no habiéndose admitido una excepción de incompetencia que se alegó fundada en haber sido también planteada la responsabilidad del abordaje ante los tribunales franceses. Se cruzaron con este motivo notas diplomáticas entre los Gobiernos francés y turco, se puso en libertad al oficial juzgado y se convino, mediante un compromiso firmado por plenipotenciarios de los dos Estados, el 22 de octubre, en someter el conflicto al Tribunal de Justicia Internacional de La Haya, el que, en agosto de 1927, después de oír a los representantes de los dos Gobiernos, resolvió el caso, dictando la sentencia de 7 de septiembre siguiente: el fallo recaído destacaba principalmente la gran disparidad de criterio, pues fue adoptado por seis votos contra otros seis, prevaleciendo el del Presidente del Tribunal, en el sentido favorable a las pretensiones turcas. El Tribunal tenía que decidir únicamente la cuestión relativa a la competencia penal de los tribunales turcos para condenar al marino francés en el caso particular del "Lotus". El artículo 6 del Código Penal de Turquía, transcrito del Código Penal italiano de 1889, reconocía competencia a los tribunales turcos por los delitos cometidos contra un súbdito turco en el extranjero, siempre que el autor del delito fuese detenido en territorio de Turquía. La tesis turca, partiendo de esta base de competencia de los tribunales otomanos, por el hecho de ser esta la nacionalidad de las víctimas del naufragio subsiguiente al abordaje, se apoyaba en el principio de la personalidad pasiva y en la necesaria protección a los nacionales. Uno de los jueces, Mr. Moore, expuso, que ese artículo 6 del Código penal turco en sí mismo era contrario a los principios del derecho internacional. Frente a la tesis turca, Francia sostenía razonablemente que el derecho de la jurisdicción penal, comprendiendo la competencia, no puede extenderse más allá de las fronteras del Estado. El principio de la territorialidad aparece en diversas legislaciones positivas completado con el sistema de personalidad activa; algunas legislaciones lo interpretan sobre la base de la presencia del delincuente en el territorio, otras atienden, además a la nacionalidad de la víctima. No hay un principio que pueda considerarse como una regla universal en este asunto. Entre los casos, y rechazando la tesis de la personalidad pasiva o competencia derivada de la protección a las víctimas, se mencionaba que el Gobierno americano protestó en 1.876 contra un proyecto del Gobierno brasileño, relativo a extender la competencia penal respecto a los delitos cometidos en el extranjero contra súbditos brasileños. Pero la carencia de

una ley o costumbre internacional no representa que cada Gobierno pueda obrar a su arbitrio. Frente a esta posición del Gobierno turco se invocaban justificadamente los principios fundamentales del Derecho Internacional. La solución de la Corte de Justicia Internacional se pronunció enfrente del reconocimiento exclusivo de la ley del pabellón, declarando: "Si un acto delictivo cometido por un buque en alta mar produce sus efectos sobre un buque de otro pabellón, ninguna regla de Derecho Internacional prohíbe al Estado de quien depende el buque en el que se han manifestado los efectos del delito, considerar a éste como si hubiese sido cometido en su territorio y ejercer acciones penales contra el delincuente. En particular, no existe regla alguna de Derecho Internacional que consagre respecto a este punto la competencia exclusiva del Estado del pabellón del buque en que ha sido cometido el delito. Resulta, por tanto, que en el caso de encontrarse en el buque un súbdito del Estado cuyo pabellón arbola el buque y haber resultado víctima del abordaje ocurrido en alta mar entre este buque y otro de comercio extranjero, ninguna regla de derecho internacional impide a ese Estado ejercitar ante sus propias jurisdicciones las acciones penales contra el oficial del buque extranjero que es acusado de haber incurrido en una culpa en la maniobra ocasionando el abordaje.

-----

y nos parece que no está totalmente clara la influencia decisoria que se atribuye (art. 1º nº 2 del Convenio) a la elección del comandante.

2) En aguas libres. -

Es donde más agudamente se plantea la cuestión de competencia en caso de abordaje entre buques pertenecientes a dos Estados.

El Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia penal en abordajes, afirma, como única vía de solución, que el Estado del pabellón que arbole el buque es el único competente para juzgar a sus tripulaciones. La razón de ser del precepto era solucionar los problemas que la tendencia de las jurisdicciones a atraerse la competencia a toda costa había suscitado, puestos de manifiesto en el abordaje entre los buques Lotus, francés y el turco Boz Kourt (9).

Como puede observarse, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, interpretando extensivamente la libertad de los Estados para extender su competencia penal extra-territorialmente, cuando se encuentren lesionados intereses de sus súbditos o

-----

- (9) El caso del "Lotus" es suficientemente conocido para que verifiquemos aquí un análisis general de la extensa bibliografía sobre el mismo, que se encuentra en cualquier Tratado y hasta Manual de Derecho Marítimo. Independientemente de su propia trascendencia en el ámbito ius-maritimista, baste decir que es utilizada constantemente por los autores vinculados a toda la problemática de efectos extraterritoriales de la competencia penal: (Re-

cientemente, en este sentido, puede verse un estudio del mismo en "Efectos extraterritoriales de las Leyes contra prácticas restrictivas de la competencia", por Oriol Casanovas y la Rosa, en Revista Española de Derecho Mercantil, número 124, páginas 205 y siguientes).

-----



bienes, colmó el vaso de las dudas y polémicas. Lo cierto es que las peculiaridades del caso del "Lotus" estaban en cierto modo lejos de servir para sentar un principio general. Por ello, el Comité Marítimo Internacional redactó en 1.937 los anteproyectos sobre las reglas de competencia penal y civil, base de los Convenios de 1.952. En ellos se sienta el citado principio esencial de competencia penal del Estado del pabellón que arbole el buque. Ahora bien, los Convenios suprimieron la frase "en alta mar", que figuraba en el art. 1º del Anteproyecto, con lo que vino a resultar que a la luz del Convenio resultaba preponderante la ley del pabellón sobre la del territorio, al no excluirse el abordaje en aguas territoriales. Varias Delegaciones, como la española, consiguieron que las Altas partes contratantes pudieran reservarse el derecho a perseguir las infracciones cometidas en sus propias aguas territoriales. Presente esta excepción, puede concluirse, desde el punto de vista del Derecho español, que tratamos -de ahí que hallamos separado el estudio del abordaje en mar territorial o aguas jurisdiccionales- que en el plano de la competencia penal rige el principio de atracción por la jurisdicción española en caso de abordaje en aguas jurisdiccionales españolas y el principio del pabellón en alta mar, con las características del artículo 9 del Código de Justicia Militar, antes transcrito.

En el ámbito de la competencia civil rigen los artículos del Convenio sobre la materia.

La delimitación de la competencia en caso de abordajes entre buques españoles, cualquiera que sea el lugar en que se produzca, se establece, determinandose las normas primarias de procedimiento, en el artículo 839 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

"Si el abordaje tuviere lugar entre buques españoles en aguas extranjeras, ó si, verificándose en aguas libres, los buques arribaren a puerto extranjero, el Cónsul de España en aquel puerto instruirá la sumaria averiguación del suceso, remitiendo el expediente al Capitán general del departamento más inmediato para su continuación y conclusión!"

3) En puerto. -

Tanto en lo penal como en lo civil, está equiparado al resto de los tipos, estableciéndose en el primer aspecto idéntica punibilidad y guardando silencio el Código de Comercio, en el segundo, si bien el art. 834 al referirse al abordaje con práctico a bordo -supuesto casi general en el abordaje en puerto- puntualiza que "no eximirá su presencia a los Capitanes de las responsabilidades en que incurran" (10), sin perjuicio de la acción contra los prácticos o de la responsabilidad criminal de estos.

Hay además una especialidad, ya aludida anteriormente, que se producirá normalmente en puerto y, sobre todo, en bahías. Es el supuesto del art. 832 del Código de Comercio, cuando considera avería simple del buque abordado los daños que se le produzcan cuando por temporal u otra causa de fuerza mayor un buque debidamente fondeado colisione con sus inmediatos. Conforme al art. 810, el dueño del buque soportará la avería, por re-

-----

(10) El abordaje con práctico a bordo es objeto de tratamiento independiente en esta misma sección.

cibir el daño. Dificil será deslindar aquí el campo de la fuerza mayor del de la responsabilidad extracontractual, o lo que es lo mismo la catalogación del fondeo verificado o no debidamente. La clave se encontrará en establecer que el buque se encontraba correctamente y que existe una relación de causalidad entre las circunstancias determinantes de la fuerza mayor y las colisiones resultantes.

En lo que se refiere a las previsiones que se establecen en el Reglamento de abordajes, este se refiere a los buques fondeados en su art. 11, apartados a), b) y c) para indicar las luces obligatorias y en el art. 15 c) IV, para referirse al uso de campana en caso de niebla, bruma o cualquier otra forma de disminución de la visibilidad.

De otro lado, el art. 30 especifica que "nada de lo prescrito en estos artículos impedirá la aplicación de Reglamentos especiales debidamente dictados por las autoridades locales, relativos a la navegación en radas, rios o aguas interiores o referentes a zonas reservadas para hidroaviones".

Ello comporta que no exime en ningún caso el desconocimiento de los reglamentos interiores de puerto, canal, ria, etc., sin perjuicio de que se tenga siempre en consideración la naturaleza del accidente y su causa y la existencia de práctico a bordo, como consideraremos posteriormente.

#### 4) En canales. -

El art. 25 del Reglamento de abordaje establece:

"Art. 25.- a). En los canales y pasos estrechos, todo bu-

que de propulsión mecánica navegará por la mitad de estribor del mismo o por su medianía, siempre que esta prescripción sea posible y sin peligro para él.

b) Cuando un buque de propulsión mecánica se aproxima a un recodo de un paso estrecho donde no le sea posible ver a otro barco de propulsión mecánica que se aproxime en sentido opuesto, el primer buque debe emitir un sonido prolongado con su silbato, al estar a una distancia de media milla del recodo, que se contestará con una señal análoga. El primero de ellos, haya o no oído la señal de contestación a la suya, debe pasar el recodo con precaución y buena vigilancia"

La norma trata de dirigirse a todo tipo de riesgos y su alcance es indeterminado, por cuanto la conclusión sobre si su paso es o no estrecho debe ser apreciada en cada caso según las circunstancias.

En este sentido, dice Fariña:

" La cuestión relativa a determinar si un paso es estrecho para la navegación que realizan dos buques con rumbos contrarios, debe ser apreciada en cada caso según las circunstancias, teniendo en cuenta, no sólo el ancho del canal, sino también las diensiones de los buques de que se trata, las maniobras que debían realizar, la deriva a que están expuestos por la dirección y fuerza del viento, etc.: S. Amberes, 17-3-1927.

El Bósforo debe ser considerado, como un canal estrecho a los efectos del Reglamento Internacional. También tienen ese mismo carácter el estrecho de Mexxina, el Swin Channel, en el Támesis, Cardiff Drain, el canal de entrada a Roath Bassin, el Humber entre Bull Lighthouse y las boyas de Clee Ness. El canal Red Hook, en la bahía superior de Nueva York, es un canal estrecho, a los efectos de la regla 25:

El Canal de Manchester, a pesar de sus 320 pies de ancho es un paso estrecho y en estas condiciones, el buque que desciende y avista, con derrota encontrada, a un vapor asistido por dos remolcadores, debe maniobrar con precaución y a velocidad reducida. Si navega a seis nudos y entra en colisión con el remolcador

que en cabeza remolca al otro buque, debe considerarsele responsable por velocidad excesiva: S.T. Justicia Inglaterra, 24-6-1932.

En derecho español el problema no tiene una especial relevancia.

En los lugares donde se desarrolla una navegación similar a la de canal (barra de Sanlúcar, Puerto de Santa María, Ayamonte, etc.), suelen existir reglamentaciones específicas, sin perjuicio de la aplicabilidad general de la regla 25 y su paralela, la 18 (11), para el caso de cruzarse buques.

5). Fluvial y en aguas interiores.-

Hemos traído a colación el abordaje fluvial y en aguas interiores, aún partiendo de nuestro concepto de abordaje en páginas anteriores, que extiende su normativa a los no navegables desde el mar. El abordaje desde la barra de Sanlúcar de Barrameda hasta Sevilla en el Guadalquivir, o, el que se produzca en el Nervión desde el Abra hasta Bilbao, es, en nuestro derecho, tan marítimo como el que tenga lugar en el centro del estrecho de Gibraltar, sin perjuicio de las normas reglamentarias específicas de los puertos fluviales. En España la regulación general de la materia piensa sólo en el caso "marítimo", a nuestro modo de ver, partiendo de la equiparación en los casos citados en los que la ría es sólo un brazo de mar hacia el interior.

-----

- (11) Para ambas se han empleado los calificativos de reglas de estribor. El art. 18 o regla 18, dice, en su párrafo 1º:

Cuando dos buques de propulsión mecánica navegan de vuelta encontrada con rumbos opuestos o casi opuestos, existiendo el peligro de abordaje, los dos meterán a estribor con objeto de pasar por babor del otro.

En este sentido el transporte fluvial genérico, el que se produce en aguas interiores, se equipara en nuestro Código de Comercio al terrestre, y así leemos en el art. 349 de dicho cuerpo legal: "El contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de todo género, se reputará mercantil..."

El precepto sigue la tónica del Código de Comercio francés. Sin embargo, en Francia la materia ha sido objeto de una profunda evolución paralela a otros países en los que la navegación fluvial está lo suficientemente extendida como para exigir un tratamiento autónomo, que ya existe a nivel legal y doctrinal.

Julien le Clere, que titula su completo estudio del abordaje: "L'abordage en droit maritime et en droit fluvial" (12), afirma que la evolución del derecho fluvial se verificará con su aproximación su cesiva a la normativa del Derecho marítimo. La reforma tendrá que inspirarse en las Convenciones internacionales de 1.952, dado que en el caso del abordaje los dos derechos se encuentran muy cerca el uno del otro y, en materia fluvial, como en materia marítima, existe una Convención internacional y Reglamentos técnicos para prevenir los abordajes. Sin embargo, aquellos son exclusivamente nacionales, salvo el del Rhin.

El abordaje fluvial ha sido objeto de una Convención inter nacional, en Ginebra, el 29 de Diciembre de 1930, cuyo objeto fué "la unificación de ciertas reglas en materias de abordaje, en la navegación interior". Fue el primer momento en que el derecho fluvial

-----

(12) Le Clere, "Labordage...", París, 1.955; págs. 231 y sigs.

apareció con rango internacional. Hasta entonces tuvo carácter exclusivamente interno con la excepción del régimen de los ríos internacionales.

En España sólo encontramos reglamentado -con su equiparación a la normativa marítima y con especiales reglamentos de navegación la materia de "ríos navegables", aunque siempre partiendo de su vinculación a la mar, sin que, por consiguiente, exista una regulación abstracta de la navegación fluvial que, realmente, salvo en los supuestos asimilados (Bilbao y Sevilla) no se hace necesaria, dado que en los restantes ríos sólo aspectos administrativos de aprovechamientos agrícolas o industriales, pesqueros o deportivos, se presentan, en general.

b) Por el número de buques que intervienen en la colisión o por la condición de los mismos. -

1) Con más de dos buques, en general. -

El principio "causa causae causa causati", base de las teorías sobre la causalidad penal, puede servir de base para la elaboración de la teoría del abordaje múltiple. El problema será normalmente el de la prueba. Al no haber en general hechos incontrovertibles, la valoración documental y testifical se presentará habitualmente como insuficiente. Suele distinguirse entre culpas simultáneas y sucesivas y, en cuanto a sistemas, entre proporcionalidad y graduación, frente a equiparación o inculpación única, como será estudiado al enfocar los diversos tipos de abordaje entre dos buques en sus formas de dudoso, culpa común y culpable. El principio de proporcionalidad y graduación culposa del Convenio de Bruselas de 1.910 rige en casi todos los países. En España, sólo los laudos arbitrales ofrecen ejemplos, sin que nuestro Derecho haya adaptado su normativa al régimen internacional, a pe-

sar de haberse adherido al Convenio en 1.923.

## 2) Sucesivo.

Es el supuesto de aplicación básica del principio de causalidad. Como consecuencia de un abordaje se produce una segunda colisión de alguno de los dos buques con un tercero. Cuando el primer abordaje es causa directa del segundo, el culpable de aquel incurre también en culpa por la segunda colisión.

Todas las disposiciones del abordaje culpable se proyectan en esta especie del sucesivo.

El Código de Comercio sólo recoge, en su artículo 832, el supuesto de fuerza mayor, del buque fondeado debidamente que "abordare a los inmediatos, causándoles averías", en cuyo caso especifica que "el daño ocurrido tendrá la consideración de avería simple del buque abordado".

## 3) Indirecto. -

Supuesto en que, como consecuencia de maniobras efectuadas por dos buques para evitar colisionar entre sí, se produce el abordaje entre alguno de ellos y un tercero, o sencillamente, si un buque provoca el abordaje de otros dos. En este segundo sentido lo estudia el artículo 831 del Código de Comercio, al decir:

"Si un buque abordare a otro, obligado por un tercero indemnizará los daños y perjuicios que ocurrieren el naviero de este tercer buque, quedando el Capitán responsable civilmente para con dicho naviero"



Ciertamente en las pocas palabras de este precepto se encuentra encuadrado el a, b, c del régimen mercantil-marítimo español. En ellos se reconoce:

- La responsabilidad del naviero en accidente causado por intervención "indirecta" y no física de su buque.

- La determinación abstracta de esa responsabilidad, o sea su extensión, que abarcará a "la indemnización de daños y perjuicios que ocurrieren".

- La culpabilidad del Capitán, que indirectamente "obliga al abordaje de terceros", en cuyo supuesto responde civilmente sólo para con su naviero, quien podrá dirigir sus acciones contra dicho Capitán para resarcirse de las indemnizaciones de las que directamente ha sido responsable ante los terceros perjudicados.

Como se ve todo un análisis Naviero-terceros y Naviero-Capitán.

Ahora bien, el precepto -expresivo o como muy pocos de entre todos los del Libro III del Código de Comercio- no analiza dos supuestos:

- El hecho de no resultar probado que incurra en falta nigún de los tres o más buques, como causantes de abordaje.

- Dos o más buques incurren en falta causal de una colisión múltiple, siendo inocente un tercero.

En el primer caso serán aplicables las normas del abordaje fortuito.

En el segundo, al no existir la proporcionalidad en las culpas en nuestro derecho, creemos que sería aplicable la regla de la culpa común (art. 827), idéntica a la del abordaje dudoso (art. 828) o sea que cada uno de los buques culpables respondería de sus propios daños y ambos, de los daños causados al tercero, mancomunadamente (13).

A la luz del Convenio de Bruselas, el sistema, según Fariña, puede sistematizarse así:

a) Si los buques causantes del abordaje, con una culpa común, están en relación de dependencia, como cuando el remolcador incurre en una culpa de la que es responsable el remolcado, se admite la solidaridad. Este es el caso en que la doctrina inglesa aplica el criterio de considerar a los buques causantes del daño como joint tortfeasors, que requiere no sólo unidad de daño, sino unidad de culpa, excluyendo el concepto de culpas distintas. Esta doctrina apenas tiene aplicación fuera de los casos de remolque.

-----

(13) Al no existir regulación expresa del presente supuesto, el principio básico será el de que cada buque, cuando no pueda determinarse el culpable, responderá mancomunadamente, o sea que la deuda se presumirá dividida entre los navieros culpables, a partes iguales, Y decimos esto de acuerdo con el principio de no presunción de solidaridad del art. 1.137 del Código Civil y teniendo en cuenta, por tanto, que la invocación de solidaridad en la obligación que hace el art. 827, en relación a los cargos dañados o perdidos en el abordaje imputable a ambos buques, no parece que pueda extenderse al caso que estudiamos.

b) Si no se puede precisar cual de ambos buques interesados es el que ha ocasionado el daño por su culpa, también se establece la comunidad, haciéndoles solidariamente responsables.

c) Puede darse el caso de varios buques que ocasionan daños a un tercero y que resultan culpables unos respecto a otros. En estas circunstancias hay un caso de culpa común y la responsabilidad de los daños debe ser proporcional a la gravedad de las culpas.

La jurisprudencia sigue generalmente el criterio de que el reparto proporcional que establece el artículo 4 del Convenio de Bruselas para la culpa común en el abordaje, no es de aplicación a la hipótesis de un abordaje ocasionado por culpa común de uno de los dos buques que han tenido una colisión y un tercer buque. En este caso, la culpa de este último buque no puede producir el efecto de disminuir la responsabilidad de aquel de los dos buques entrados en colisión que resulte culpable. Este buque es responsable del importe total de los daños que ha ocasionado al otro buque con el que se ha abordado y que no ha incurrido en culpa, salvo el derecho a reclamar del tercer buque que soporte una parte de esta responsabilidad en proporción a la falta que este tercero ha cometido.

#### 4) En tren de remolque.-

Define el profesor Aurelio Menendez (14) el contrato de remolque, como "cualquier supuesto en el que un buque se obliga, mediante precio, a proporcionar a otro la fuerza de tracción que necesita para su desplazamiento, bien por carecer de ella, bien por ser insuficiente, bien por no estar en condiciones de utilizarla".

Proyectada esta idea de remolque sobre el abordaje culposo, surge el problema de la imputación de responsabilidad, cuando, de la situación de hecho, se deduzca que la colisión se ha pro

-----

(14) A. Menéndez, "El contrato de remolque", Editorial Tecnos,

Madrid, 1.964.

El tratamiento de toda la materia correspondiente al presente apartado está realizado extensa y precisamente en dicha obra (págs. 215 y sigs.). En ella se inspiran gran parte de estas conclusiones.

-----

ducido a consecuencia de las maniobras efectuadas por los buques que componen el denominado "tren de remolque".

Tres criterios se han sustentado para determinar la responsabilidad del remolcador y el remolcado frente a terceros lesionados. Son estos: el criterio de la dirección del convoy; el de la unidad del tren de remolque y la consideración, por último, del remolcador como dependiente del remolcado.

En el primero de los supuestos se entiende que la dirección del convoy pertenece al remolcado en la navegación marítima, y al remolcador en la interna, considerándose que la responsabilidad en cada caso corresponde al buque que asume la dirección. La teoría evidentemente parte de presupuestos técnicos y náuticos inexactos, por cuanto no pueden establecerse reglas generales diferenciando dos tipos de navegaciones, ni podrá delimitarse nunca claramente a cual de las unidades pertenece la dirección, con meros criterios de mando en la maniobra.

La segunda de las teorías es la que parte de la unidad del "tren de remolque". Concibe esta tesis como una unidad a los dos buques, o al convoy en general, que participan en la operación de remolque. Ello es tanto como considerarlos un sólo buque y, a efectos de responsabilidad, la consecuencia, caso de culpabilidad en el abordaje, es la solidaridad de remolcador y remolcado. La tesis, como señala Menendez, ha sido utilizada, con mayor o menor amplitud, en la jurisprudencia de los países marítimos más representativos, por la doctrina y la práctica inglesas y por gran número de iusmaritimistas de los que, entre ellos, el profesor español destaca a Ripert. Entendemos, no obstante, que el principio

de no presunción de la solidaridad, vigente en casi todas las legislaciones y consagrado en lo que a la española se refiere en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, hace un tanto inviable la solución propuesta, que conduciría a la imputación de responsabilidad en casos en que la maniobra que dió lugar a la colisión fuera solamente imputable a una de las unidades del remolque.

La última de las concepciones aludidas parte de considerar al remolcador como dependiente del remolcado. Conforme a la misma y sin entrar en la adscripción de la relación jurídica de remolque al contrato de arrendamiento de servicios, se parte de la idea latente de dependencia, considerándose al remolcador como auxiliar contratado por el remolcado para verificar actos al mando de éste. En este sentido, la responsabilidad por daños a terceros lesionados, recaerá en todo caso sobre el remolcado, siendo de aplicación, conforme a tal criterio, los principios de responsabilidad de dueños o directores de establecimientos o empresas, respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio, en la forma que en nuestro Derecho se establece, en el párrafo 4º del artículo 1.903 del Código Civil.

El sistema expuesto ha sido objeto de fundadas críticas por parte del profesor Menéndez, quien afirma que el compromiso contraído por el Armador del remolcador consiste, no en un arrendamiento de servicios, sino en ofrecer el resultado de una operación de remolque-maniobra. Añade que la actuación del remolcador no es la de un dependiente, sino la de un empresario que se compromete, con autonomía y gestión, con propio riesgo, a la prestación de un servicio; y esta idea se mantiene aún cuando el remolcado asu-

ma la dirección, pues, como ya advierte, la dirección sólo se refiere a la determinación de la ruta a seguir, pero no afecta para nada a la significación autónoma e independiente del trabajo efectuado por el remolcador, bajo las órdenes de su Capitán, para proporcionar el resultado prometido.

a) Las soluciones legislativas y, en particular, la del "Código della navigazione".- Internacionalmente, el problema de la responsabilidad frente a terceros en el abordaje con culpabilidad de un "tren de remolque" no ha sido objeto de regulación a pesar de las propuestas de estudio del Comité Marítimo Internacional.

En las legislaciones nacionales -y seguimos siguiendo la obra del profesor Menéndez- se ha planteado, en el artículo 538 del Código de Comercio holandés, el supuesto del abordaje del remolcado con otro buque por culpa del remolcador, declarandose que en ese caso el Armador del remolcador y del remolcado son personalmente responsables cada uno del daño causado.

De otro lado, el Codice della navigazione, en su artículo 104, establece que los armadores de los elementos remolcados y el armador del remolcador son solidariamente responsables de los daños sufridos por los terceros durante el remolque, a no ser que se pruebe que tales daños no son derivados de causas a ellos imputables. Se establece, por consiguiente, una presunción de responsabilidad solidaria, dejando abierta la vía de la carga de la prueba para el caso de posible imputabilidad plena unilateral a remolcador o remolcado.

Si se distingue, como lo hace Menéndez, entre el remolque "sin entrega de los elementos remolcados" y el "remolque transporte", a efectos de considerar que en este último adquiere relevan-

cia y significación propia la entrega de la cosa, entendiendo por tal a los elementos remolcados, fundamentando la responsabilidad plena del remolcador, al quedar convencionalmente excluída la ingerencia del Armador del remolcado en la operación; en este supuesto no parece aplicable la norma del artículo 104 del Codice della navigazione, que sí lo será en todos los casos de remolque-maniobra o sin entrega de los elementos remolcados.

En todo caso, es evidente el justo y avanzado criterio del Derecho italiano que, si bien parte de la muy discutible presunción de solidaridad, la palía totalmente al establecer la total admisibilidad de la prueba de culpabilidad, que destruye tal presunción, consiguiendo de este modo un amplio régimen de protección a los terceros que es la finalidad que trataba de cubrir.

#### b) El problema en el Derecho español

Falta en nuestro Derecho una regulación de los problemas que analizamos, como en la generalidad de los ordenamientos nacionales. La Ley de 24 de Diciembre de 1.962, reguladora de los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, dedica su capítulo II al "remolque en la mar" (arts. 15 al 18). No existe definición del remolque en dichos preceptos, únicamente se delimita el remolque contractual del que constituya auxilio o salvamento. Al decir contractual queremos englobar en el término no sólo la actividad profesional, habitual y mercantil del empresario del buque remolcador, sino también cualquier otro servicio prestado convencionalmente por este tipo de buques a quienes lo necesite, siempre y cuando la operación de remolque no consti



tuya asistencia o actividad de salvamento. La distinción entre remolque y asistencia, estudiada asimismo analíticamente por el profesor Menéndez, se basa en dos puntos de vista básicos: subjetivo y objetivo. Subjetivamente, al distinguirse entre remolque profesional y remolque ocasional, y objetivamente, mirando a la naturaleza del servicio, y valorando si se presta o no en situación de peligro y con los requisitos que califican al auxilio y al salvamento o, por el contrario, la operación en sentido técnico no se realiza bajo los presupuestos de la asistencia. Ambos criterios son válidos para la distinción entre remolque y asistencia y, en relación a ellos, pueden distinguirse entre normalidad y excepcionalidad de las operaciones que constituyen el remolque en sí de una parte y el remolque-asistencia de otra. En este sentido, el artículo 4º de la citada Ley 60/62, dice en su párrafo 1º:

"El remolcador no tendrá derecho alguno a una remuneración por auxilio o salvamento del buque por él remolcado o de su cargamento, sino cuando haya prestado servicios excepcionales que no puedan ser considerados como el cumplimiento del contrato de remolque".

Así pues, sólo cuando se produzca una situación de peligro provocada por un acontecimiento no imputable a la acción del remolador (tempestad u otra fuerza mayor), que de lugar a prestación de servicios no normales y que excedan del ámbito de la operación de remolque, quedará constituida la relación de asistencia. Por ello, todo depende de la objetividad de la situación de peligro.

Encuadrados ya en el ámbito contractual-mercantil del remolque, las normas aplicables dentro de nuestro sistema, pueden sistematizarse así:

-) Caso particular del remolque-transporte, en el sentido que antes definíamos, de entrega del buque remolcado a la custodia del remolcador. En este supuesto serán de aplicación las normas de responsabilidad extracontractual, teniendo la responsabilidad, en consecuencia, el remolcador-porteador, que asume íntegramente la conducción y el éxito de la operación. El mismo es director náutico y comercial y deberá responder de todas las eventualidades que surjan, incluido el abordaje culposo, por la propia naturaleza de la relación convencional y en aplicación analógica de las normas reguladoras de las obligaciones del porteador.

En el remolque-maniobra, la presunción de no solidaridad de nuestro ordenamiento jurídico evita la posibilidad de proyectar esta sobre el tren de remolque, creando la responsabilidad solidaria de sus componentes. Las soluciones para proteger los derechos del tercero estarán, lógicamente, en determinar las circunstancias que justifiquen la atribución de la culpabilidad por parte del remolcador o el remolcado, significando que, para imputar el daño a cualquiera de ambos, deberá probarse por el perjudicado o por quien de ellos pretenda eximirse, la relación de causalidad entre las maniobras efectuadas y la colisión. El principio aplicable será la admisibilidad que a las presunciones como medios de prueba, otorgan los artículos 1.249 y sigs. del Código Civil, sin perjuicio de la utilización de los libros de navegación y cualesquiera otras. Nos parece, en todo caso, que por las características que rodean al remolque en sí, la figura esencial en la conducción técnica y náutica es la del remolcador, prácticamente en casi todas las situaciones. El buque remolcado, aunque emplee sus máquinas y aunque haya acordado y predeterminado la ruta y rumbos, se encuentra vinculado a la conducción del remolcador, dependiente del mismo de hecho. Todo ello debe influir como básica presunción en la regulación jurídica, sin perjuicio de tomar en cuenta todas las pruebas en contrario.

No obstante, veamos cual sería la consecuencia de aplicar al supuesto remolque-maniobra las normas específicas que para el abordaje culposo tiene nuestro Código de Comercio. Conforme a las mismas, entendemos que pueden presentarse las siguientes soluciones:

a) Las disposiciones de los artículos 827 y 828 del C. de C., formulan expresamente la responsabilidad solidaria de ambos buques cuando el abordaje sea culposo por parte de los dos, bilateralmente, o bien, cuando no pueda determinarse cual de los dos es causante del accidente. Estas disposiciones no estan pensando en los componentes de un tren de remolque, sino en el culposo bilateral y en el dudoso, pero si, a falta de otra norma aplicable, debemos proyectar tales artículos sobre los diversos casos de abordajes múltiples, debemos llegar a la conclusión, contra lo afirmado por el profesor Menéndez, de su posible aplicación con carácter general, dejando la carga de la prueba a remolcador y remolcado, para demostrar la inculpabilidad de cada cual. Por el contrario entendemos que no es aplicable el artículo 831 que define el abordaje provocado por un tercer buque que no interviene en la colisión, y ello porque una vez iniciada la operación de remolque, sin llegar a ficciones de que el tren de remolque constituya un sólo buque, si puede afirmarse que define una unidad marítima a efectos de abordaje, con unidad de maniobra, sin independencia de sus componentes y, en cierto modo, con unidad de dirección en la mayoría de los casos por parte del remolcador, bien entendido que estamos pensando en la dirección náutica, no en la comercial y, desde este punto de vista, la autonomía en la navegación quien la detenta es el remolcador. Todo ello, insistimos, sin excluir en cualquier prueba en contrario, cualquier acuerdo convencional entre remolcador y remolcado que afecte a la responsabilidad y, por supuesto, cualquier cláusula del contrato si se ha realizado formalmente.

b) De cualquier forma, hay que confirmar la inexistencia de necesarias soluciones concretas. La peculiaridad del supuesto lo exige y prueba de ello es la precisa atención que ha merecido al moderno Código italiano de la navegación. Esta necesidad deberá atender, como ha dicho Menéndez, a los intereses y particularidades técnicas del tráfico marítimo, a la protección de los terceros y al mantenimiento de los principios generales de Derecho Marítimo. Hasta ese momento, creemos que las conclusiones aceptables son las antes expresadas y que pueden sintetizarse así:

1º) Se afirma la distinción entre remolque-transporte y remolque-maniobra, en el sentido de que en el primer supuesto se produce la entrega de la cosa y se determina más claramente la obligación de custodia por parte del remolcador, centrandose alredor de este las responsabilidades derivadas de la operación. Sin embargo, no parece que sea la forma más corriente o habitual de remolque.

2º) Se reconoce la carga de la prueba a perjudicado, remolcador y remolcado a efectos de determinar a quien corresponde la culpabilidad en la maniobra que ha dado lugar a la colisión. Sería solución el reconocimiento de una presunción de solidaridad y consideramos aplicables los criterios de los artículos 827 y 828 del Código de Comercio, que reconoce la obligación solidaria en parte, en relación al abordaje culposo bilateral y al abordaje dudoso; sin que ello comporte la admisibilidad de la idea de que el tren de remolque constituye un sólo buque, sí debe admitirse que debe configurarse como una sólo unidad a efectos de abordaje, con la dirección náutica centralizada en el remolcador, sin perjuicio de pruebas en contrario. Aunque la norma del artículo 831 es difícil de proyectar sobre el caso del remolque, a falta de regulación ex-

presa y concreta, sin que ello constituya criterio general, deben ser aplicados todos los artículos que regulan el abordaje en el Código de Comercio y, cuando no sea posible determinar la culpabilidad de remolcador o remolcado, no existe inconveniente en admitir la unidad del tren de remolque, con los efectos de responsabilidad consiguiente. No sólo en el remolque-transporte, sino también en el remolque-maniobra, la responsabilidad gira fundamentalmente alrededor del remolcador, por los criterios de dirección náutica y técnica a que hemos aludido. Ello no excluye cualquier otro tipo de solución según las circunstancias de cada caso y el vacío legal existente reclama, en este como en tantos otros supuestos de nuestro Derecho Marítimo, efectiva regulación.

3º) En los supuestos de abordaje con tercero, es evidente la aplicabilidad del régimen de limitación de responsabilidad de los navieros de remolcador o remolcado, en cada caso, con el sistema "ad valorem", conforme al artículo 837 del Código de Comercio.

5). En navegación en conserva. -

Normalmente suele plantearse como supuesto especial del abordaje en que intervengan buques de guerra o mercantes movilizadas, en los que, con frecuencia, se da la navegación en convoy.

La dificultad estriba en la autonomía o dependencia que en mayor o menor grado tenga cada unidad del convoy respecto al mando unitario. Es imposible establecer una reglamentación válida general, por lo que, sin perjuicio de la aplicación de la normativa común habrá que estar al caso concreto para determinar hasta que punto la obediencia debida vinculaba a una maniobra causante de colisión, para establecer la responsabilidad del Comandante de buque o Capitán mercante, en cada situación que se produzca.

Orcasitas cita, en este sentido, una resolución del Consejo de Estado francés en el abordaje Arana - Jaureguiberry (14 de Agosto de 1.905,), este último, acorazado francés, que navegaba en conserva con otras unidades de su Escuadra. En este caso la resolución consideró toda la Escuadra como un sólo buque, en la aplicación de las reglas de navegación(15). No obstante, este principio no es de tipo general en el Derecho francés. En todas las legislaciones habrá que estar a cada caso en concreto, teniendo en cuenta las peculiares características del abordaje.

6). En el que intervenga un buque de guerra.-

A) El problema a nivel internacional (16).-

Tradicionalmente ha sido regla de cortesía internacional que ningún Estado ejerza acciones judiciales sobre los buques de guerra de otro. La inmunidad de los buques del Estado ha sido

-----

- (15) La resolución afirmaba que "habían de tenerse en cuenta las circunstancias particulares que podían forzar a apartarse de las normas reglamentarias para evitar un peligro inmediato, circunstancias que aconsejaban al Arana maniobrar a tiempo para dejar pasar la Escuadra y especialmente al acorazado Jaureguiberry, que era el más próximo.
- (16) Ha sido tratado en España fundamentalmente por Farina: "El buque de guerra en Derecho internacional"; Azcárraga: "Derecho Internacional marítimo" y Juan de Dios Blanca Carlier: "El Convenio de Bruselas para unificación de ciertas reglas concernientes a las inmunidades de los buques de los Estados", en Anuario de la Sección de Derecho Marítimo del Instituto Francisco de Victoria del C.S.I.C. Vol. II Madrid, 1.953.

estudiada por el Comité Marítimo Internacional, fundado en 1.897. Junto con dicho Comité, las Conferencias Diplomáticas de Bruseñas examinan los acuerdos de aquel orden a la adopción de normativas unitarias en el intento del necesario y en parte utópico Código Universal de Derecho Marítimo. El Comité se planteó la resolución de los diversos problemas aludidos en sus reuniones de Gotemburgo y Genova, en 1923 y 1925, respectivamente. En ellas se elaboraron dos proyectos que sirvieron de base a la subcomisión de la Conferencia de Bruselas para redactar el proyecto definitivo que fue aprobado por el pleno de 10 de Abril de 1.926. El 24 de mayo de 1934 se firma en Bruselas un protocolo adicional, integrado por seis preceptos que interpretan y amplían diversos artículos del Convenio.

Respecto de los buques de guerra -son objeto de regulación asimismo todos los casos de otros buques propiedad del Estado- el Convenio establece:

- A. Los buques y cargamentos incluídos en este grupo no están sometidos a embargo ni detención. Rige por tanto, el principio de inmunidad tradicional en la materia.
- B. En determinados casos la parte perjudicada puede ejercer las oportunas acciones, pero ante los Tribunales competentes del Estado propietario. De esta manera no se merma en absoluto la soberanía de estos.
- C. La duda sobre la condición comercial o gubernamental del buque o de la carga se resuelve por el Estado propietario.

Los puntos A y B se encuentran recogidos en el artículo 3º, que dice:

"Las disposiciones de los dos artículos anteriores no son aplicables a los buques de guerra, yates de un Estado, buques

de vigilancia, barcos hospitales, buques auxiliares, buques de avituallamiento y otras embarcaciones pertenecientes a un Estado o explotadas por él y dedicadas exclusivamente, en el momento del nacimiento del crédito, a un servicio gubernamental y no comercial, y estos buques no serán objeto de embargo o de detención por ninguna resolución judicial ni por ningún procedimiento judicial *in rem*.

Sin embargo, los interesados tienen el derecho de presentar sus reclamaciones ante los Tribunales competentes del Estado propietario del buque o que lo explota, sin que este Estado pueda prevalecerse de su inmunidad":

1º. Por las acciones en casos de abordajes o de otros accidentes de la navegación;

2º. Por las acciones en caso de reparación, suministros o de otros contratos relativos al buque.

Expresamente, como vemos, se reconoce que, en caso de abordaje o accidente marítimo, siempre se reservan las acciones a interponer ante el Estado propietario del buque de guerra responsable, reconociendo la soberanía de los tribunales del mismo.

B) El abordaje de buque de guerra en Derecho Español. - Abordaje de buques públicos y extranjeros.

Que sepamos, el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 analizado, no ha sido objeto de Adhesión por nuestro país. Sin embargo los puntos esenciales de dicho Convenio y, desde luego, todos los que en relación con el abordaje nos interesan, se encuentran vigentes por cuanto están incluidos en la Convención sobre alta mar, hecha en Ginebra el 29 de Abril de 1958, en relación a la cual, España depositó su Instrumento de Adhesión en la Secretaría general de las Naciones Unidas el día 25 de Febrero de 1971,



entrando en vigor para España el 27 de Marzo de dicho año y publicándose su normativa en el B.O.E., el 27 de Diciembre de 1971.

Esto no quiere decir que los principios del Convenio de 1926 no estuvieran vigentes en cierto modo por la vía del derecho interno y en base a los principios generales -inmunidad del buque del Estado extranjero y ficción de extraterritorialidad, además de la reciprocidad- del Derecho Internacional. En cuanto al Derecho interno las reglas de competencia por razón del lugar del Código de Justicia Militar (arts. 9, 1º, b y art. 37).

Art. 9º. Por razón de lugar, la Jurisdicción Militar es competente para conocer de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por los delitos y faltas que, sin estar comprendidos en el art. 16 de este Código, se cometan (31)...

...b) En aguas del mar, rios, navegables, embarcaciones mercantes nacionales o extranjeras, que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima española, de la de sus posesiones o de los países sujetos a su protectorado (33)...

..."No obstante lo prevenido en el párrafo anterior, cuando se cometa delito a bordo de las embarcaciones mercantes extrajeras que se hallen dentro de la zona marítima española, y el hecho ocurriese entre sus mismos tripulantes, los culpables que no sean españoles se entregarán a los agentes diplomáticos o consulares del país cuyo pabellón lleve el buque en que el delito se hubiere cometido, si dichos agentes los reclaman oficialmente, al no disponer otra cosa los Tratados".

En este mismo ámbito penal, el art. 8 del Código Civil vincula a sumisión a la legislación española a todos los que "habiten" en territorio español. En este sentido podrían ya ser excluidos los delitos fuera de las aguas jurisdiccionales españolas e incluso den

tro de ellas a bordo de buque de guerra o del Estado extranjero. Pero además, en el caso del buque de guerra la excepción está ya en el art. 9, 1º, a) del Código castrense, cuando se refiere a buques "españoles" de guerra. Ello sin perjuicio del "ejercicio de derechos civiles" por el extranjero reconocido en el art. 27 del Código Civil, con las limitaciones procesales que coexisten con dicho precepto (17)

El tema, como vemos, adquiere diversas vertientes en relación al buque extranjero en general. Sin embargo está más diafano en relación a los buques del Estado o de guerra en particular.

Antes de la adhesión a la Convención de Ginebra, ya eran estos principios de inmunidad, reciprocidad y autonomía jurisdiccional los prevalentes. La doctrina era clara en este punto. Así, v.gr., Fariña (18) y Orcasitas (19), quien afirma: "No cabe más que atender al resultado de la acción penal o disciplinaria que el Estado del pabellón del buque ejerza contra este, y, en caso de absolución del mismo, demandar en vía civil ante sus propios tribunales o en vía diplomática, según las circunstancias, al Estado de referencia".

Todo ello partiendo, lógicamente, de la responsabilidad de la Administración por actos de sus funcionarios -marinos de

-----  
(17) Ambito el adjetivo, en el que como dice Bonet "se subordina la aplicación de diversas normas al principio de reciprocidad" (Bonet Ramón, Código Civil comentado)

(18) Fariña, "El buque de guerra ante el Derecho Internacional", Editorial Naval, Madrid, 1941.

(19) Orcasitas, ob.cit., "Nueva legislación de abordajes".

guerra- vigente en general en todos los ordenamientos tradicionalmente (en derecho español, desdibijada en el párrafo quinto del art. 1903 del Código Civil, consagrada por los arts. 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de Julio de 1.957 y ratificada, pudieramos decir, por el art. 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según la redacción de la Ley 164/1963 de 2 de diciembre, y por el art. 42, III, de la Ley Orgánica del Estado).

Estos principios de responsabilidad del Estado no han sido generales ni permanentes en el derecho comparado, hasta la general admisión de los Convenios, si bien el principio de inmunidad ha sido normalmente respaldado. Las disidencias han surgido en el ámbito de las responsabilidades de la Administración en reclamaciones por actos de sus funcionarios (20)

En la actualidad, las reglas vigentes en España en estos casos son prácticamente generales.

- 
- (20) En esta línea, analiza Fariña como los Tribunales ingleses no han considerado tradicionalmente al Estado o a la Corona, responsables por el abordaje de buque de guerra, sino al oficial que personalmente lo fuese, por lo cual los Lords-Comisarios del Almirantazgo aceptaban o no las demandas contra el Oficial de derrota en el momento de la colisión, o, en su caso, contra el Comandante.

En EE.UU. se ha reconocido generalmente la demanda in rem ante sus Tribunales, en relación con accidentes de sus buques públicos, nacionales o de guerra.

Por su parte, la normativa francesa admite también tradicionalmente, que el abordaje ocasionado por buque de guerra hará, en su caso, responsable al Estado, aplicando al caso las normas relativas a la indemnización de perjuicios resultantes de la ejecución de servicios públicos. Paralelamente, los tribunales franceses se declaran incompetentes para conocer

(principio de inmunidad) de la acción entablada contra un Estado extranjero por abordaje causado por un buque de guerra extranjero a uno mercante francés, aún en el caso de producirse el accidente en aguas territoriales francesas.

-----

La Convención de Ginebra, sobre alta mar, de 19 de  
Abril de 1958. -

Como antes afirmabamos, España se adhirió a la Convención en 1.971, con una sólo declaración final sobre su contenido, a cuyo tenor la adhesión "no puede ser interpretada como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativos a los espacios marítimos de Gibraltar, que no estén comprendidos en el art. 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de Julio de 1.713, entre las Coronas de España y Gran Bretaña".

Adoptado en su totalidad, el principio de inmunidad de jurisdicción del buque de guerra queda plasmado conforme al art. 8 de la Convención, que excluye a cualquier Estado que no sea el del pabellón y define a tales unidades. Dice el art. 8:

Los buques de guerra que naveguen en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera.

A los efectos de estos artículos, se entiende por buques de guerra los que pertenecen a la marina de guerra de un Estado y ostentan los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad. El Comandante del buque ha de estar al servicio del Estado y su nombre ha de figurar en el Escalafón de Oficiales de la Armada. La tripulación ha de estar sometida a la disciplina naval militar.

En relación al abordaje se establecen normas para los buques mercantes, afirmándose que los Capitanes o miembros de la dotación estarán sometidos únicamente en el ámbito de la responsabilidad penal y disciplinaria a las autoridades del Estado cuya bandera enarbole el buque, prohibiendo incluso (nº 3) el embargo o retención del mismo.

Art. 11.- En caso de abordaje o de cualquier otro accidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que pueda entrañar una responsabilidad penal o disciplinaria para el Capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, las sanciones penales y disciplinarias contra esas personas sólo se podrán ejercitar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado cuya bandera enarbolaba el buque o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales.

En materia disciplinaria, el Estado que haya expedido un certificado de mando o un certificado o licencia de competencia podrá, siguiendo el procedimiento jurídico correspondiente, decretar la retirada de esos títulos incluso si el titular no es nacional del Estado que los expidió.

No podrá ser ordenado ningún embargo ni retención sobre el buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado cuya bandera enarbola el buque.

C) Por las personas a quienes puede ser atribuida la colisión. -

I.- Alcance de la responsabilidad del Capitán, patrón, piloto y demás miembros de la dotación.

a'). Responsabilidad del Capitán.

Los dos ámbitos -penal y civil- de la responsabilidad del Capitán, son objeto de atención a lo largo de este trabajo. Este apartado obedece a la necesidad de plantearse hasta que punto la presencia o mejor dicho existencia de Capitán en funciones, a bordo, centraliza sobre él la imputabilidad plena de un accidente marítimo, cuando el buque culpable sea el de su mando.

La condición del Capitán, como jefe supremo de la nave envuelve no sólo la dirección técnica de la navegación, sino

también todo un conjunto de funciones mercantiles que ostenta como representante del naviero y públicas, por su condición de titular a bordo, en la mar, de ciertas atribuciones judiciales y notariales. Estos presupuestos, suficientemente conocidos y fuera del alcance de este trabajo, vienen a determinarnos un conjunto de conclusiones, que derivan de la interpretación de los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, en relación a los artículos 586, 609 al 625 y 826, 831, 834, 841, 843 y 844, entre los más básicos del Código de Comercio en relación a la materia. Veamos:

-) Desde el punto de vista penal, no se excluye la responsabilidad en el abordaje doloso o culposo de cualquier miembro de la dotación. Lo que ocurre es que la centralización del mando y la unidad jerárquica hacen que el Capitán pueda no quedar exento por esa primaria inculpación. Si se demuestra su actuación totalmente diligente y su no intervención ni siquiera indirecta, podrá quedar al margen, pero en la mayor parte de los supuestos culposos la extensa gama de atribuciones del jefe supremo de la nave hará que, en principio y salvo prueba en contrario, quede casi siempre determinada su no exención.

-) En el ámbito civil, la responsabilidad objetiva del naviero, perfectamente delimitada en el art. 826, no excluye lógicamente ni la civil derivada de la penal ni, por supuesto, la acción del naviero sobre el Capitán. Ahora bien, el citado precepto es casi el único que cuida de ampliar los supuestos de culpabilidad personal en el abordaje, al referirse a "culpa, negligencia o impericia del Capitán, piloto u otro individuo de la dotación".

En el art. 586, v.gr., sólo se habla de la responsabilidad del naviero "por los actos del Capitán". El 612, nº 13 considera como -inherente" al cargo de Capitán, "observar las reglas sobre las luces de situación y maniobras para evitar abordajes". El 618, nº 1º le responsabiliza de "todos los daños que sobreviniesen al buque y su cargamento por impericia o descuido de su parte"; y el nº 8º del mismo artículo, "de los que resulten por inobservancia de las prescripciones del Reglamento de situaciones de luces y maniobras para evitar abordajes". Pero, sin duda, es en los 586 y siguientes donde más taxativamente se establece ésta. centralización técnica y mercantil de atribuciones en el Capitán (21); más claramente aún, en el caso de arribada forzosa la decisión de la misma se realiza en Junta de Capitán y oficiales, además de los interesados en la carga, aún que estos últimos sin voto (art. 819). Sin embargo, el art. 821, determina la responsabilidad mancomunada del naviero y el Capitán, ante los cargadores perjudicados en caso de arribada ilegítima, aunque bien es cierto que estos supuestos, analizados por el art. 820, presuponen casi siempre una posible y parcial culpabilidad pretérita de éste. Por último, el 841, cuando habla del naufragio o encalladura del buque, se refiere solamente como posible causa de dichos accidentes, cuando sean dolosos ó culposos, a la "malicia, descuido ó impericia del Capitán".

Queda claro que salvo en el 826 y en alguna otra excepción, a efectos de responsabilidad, da la impresión de que esta se concentra, plena y exclusivamente, en el Capitán. Creemos que la redacción del art. 826 obedece a dejar claramente establecida la extensión y configuración objetiva de la responsabilidad

-----

(21) Particularmente en los 587, 588 y 590



del naviero en todos los supuestos de abordaje culposo. Con ello se reconoce una posible descentralización de culpabilidad, de la figura central a toda la dotación. Pero, de todo el conjunto del articulado, deducimos que la exención del Capitán sólo se producirá por prueba en contrario, demostrativa de su debida diligencia o por presunciones terminantes de cada supuesto de hecho que dejen clara la ajenidad al accidente -que normalmente no será plena- del antiguo "magister navis o senyor de la nau". Estimamos que la figura central, subjetivamente, de imputabilidad del accidente marítimo, es el Capitán que, hipotéticamente, debe permanecer de forma permanente en el puente, porque, a grandes rasgos, podría decirse que la ley le exige o, al menos, le presupone una constante vigilia.

b') Responsabilidad del patrón.-

La condición de patrón es, a estos efectos que analizamos, equivalente a la del Capitán, por cuanto que ostenta en el ejercicio de sus funciones el mando de la embarcaciones que correspondan a su título. El Decreto de 14 de marzo de 1.963, sobre títulos profesionales de las Marinas Mercante y de Pesca, señala sus atribuciones, distinguiendo como títulos, los de Patrón Mayor de Cabotaje y Patrón de Cabotaje; el primero habilita para el mando de buques dedicados a esa navegación que tengan hasta 500 toneladas de registro bajo cubierta, y el segundo para el mando de buques de hasta 150 toneladas de registro bajo cubierta.

Igual podríamos decir, en cuanto a equiparación en los casos de abordaje al Capitán, de los Patrones de Pesca de Altura, en funciones de Capitanes de pescas (Sin límites de tonelaje), Patrones de pesca de Altura habilitados para pesqueros de hasta

500 toneladas de registro; patrones de pesca de litoral de primera y segunda clase, para buques de hasta 150 y 50 toneladas y patrones de pesca local, para embarcaciones menores.

Paralelamente, los habilitados para el mando de embarcaciones de recreo, desde el simple patrón de embarcaciones deportivas a vela hasta el Capitán de yate, ostentan la misma equiparación responsable, si bien los supuestos mercantiles que dan al margen.

c') Responsabilidad del piloto, del contramaestre y de los restantes miembros de la dotación. -

La del piloto, se extiende a todos los perjuicios que se causaren al buque y al cargamento, por su descuido o impericia, conforme al art. 631 del Código de Comercio. También, por el te nor del 627, sustituirá al Capitán en los casos de ausencia, enfer medad o muerte, subrogandose en tales supuestos en sus atribuciones y responsabilidades.

En el abordaje ya hemos visto la llamada expresa que a su posible culpabilidad realiza el art. 826.

Por lo que se refiere al contramaestre es el tercero de a bordo. Sus atribuciones y obligaciones se analizan en los arts. 632 y 633, del Código de Comercio. El resto de la dotación es objeto de estudio en los arts. 634 a 648.

En todos ellos quedan de manifiesto los principios de plena subordinación y vinculación funcional y técnica al Capitan,

lo que fundamenta , sin perjuicio de las responsabilidades en que cada uno pueda incurrir, la centralización o consideración de quien manda el buque como centro subjetivo de imputación de de rechos, deberes y obligaciones, salvada la objetiva y directa responsabilidad del naviero, que al cabo, viene asimismo determinada por el grado de culpabilidad de su Capitán.

2) Abordaje con práctico a bordo. -

A) Idea general sobre la responsabilidad del práctico. -

a) Concepto. -

El práctico es la persona facultada normalmente por los Estados para pilotar los buques en las entradas, salidas, maniobra interior, amarraje y desamarraje que deben realizar en un puer-to determinado o en otros lugares en que lo aconsejan las circunstancias de navegación.

El vigente Reglamento de Practicaje aprobado por Decreto de 4 de julio de 1.958 dice en su art. 1º que "se entiende por práctico el capitán, piloto o patrón facultado por el Ministerio de Marina para pilotar los buques en las entradas y salidas de los puertos, rías o barras, en los movimientos dentro de los mismos y en los amarrajes y desamarrajes.

La necesidad del práctico se comprende, si se piensa, como dice Gonzalez Vieytes, que "por detallados que estén los planos de los puertos, por minuciosas que sean las instrucciones que figuran en los derroteros, no es posible consignar en unos y otros los detalles que, aunque nimios, pueden ser en un momento dado de importancia capital, ni expresar las mil variada

ciones que, según las circunstancias, ocurren en los puertos referentes a mareas, corrientes, vientos, etc."

Como señala Miranda Virto (22), "el plano del puerto dentro del cual ha de maniobrar el buque cambia constantemente por razón del mismo tráfico naviero", por lo que la necesidad del practicaje es evidente.

b) Sistemas de responsabilidad. -

1º) Sistema latino. - Conforme al cual, el práctico es un miembro temporal de la dotación del buque. Por ello vincula como cualquier otro la responsabilidad del naviero y depende del Capitán que conserva el mando y en principio, la imputabilidad respecto de toda maniobra. Es el criterio que en líneas generales se da en Belgica, Egipto, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Marruecos y Portugal. No existe distinción entre practicaje libre y obligatorio.

2º) Sistema germánico. - Distingue entre practicaje libre y obligatorio. En el primero, el práctico pasa a ser un dependiente del naviero y por consiguiente equivale al sistema latino. Por el contrario, en caso de que sea obligatorio, el Estado responde de los actos ilícitos del práctico que actúa como funcionario público.

3º) Sistema inglés. - Configura al practicaje como obligatorio y ni el armador ni el Estado responden de los actos culposos del práctico. Consagra pues la responsabilidad personal de éste.

-----

(22) "Prácticos y practicajes", conferencia de Fernando Miranda Virto, durante la VI Semana Valenciana de Derecho Marítimo, Boletín del Comité de Derecho Marítimo de Valencia, 1.963.

No obstante, el art. 15 del Pilotage Act. ha modificado este enfoque, declarando que el propietario del buque o el Capitán, son responsables por los actos del práctico, de acuerdo con la Reglamentación Internacional vigente.

#### 4º) Sistema convencional internacional. -

La Convención de Bruselas de 23 de Septiembre de 1910 estableció ya la responsabilidad del armador en caso de abordaje por culpa del práctico, al decir en su art. 5º:

"La responsabilidad establecida por los anteriores artículos subsistirá en el caso de que el abordaje se haya ocasionado por una falta de un Práctico, aunque este sea obligatorio".

No obstante el artículo adicional afirma:

"Como excepción a lo dispuesto en el art. 16 -que se refiere a la forma de ratificación del Convenio- que antecede, queda entendido que la disposición del art. 5º fijando la responsabilidad en el caso de que el abordaje haya sido producido por causa de un práctico obligatorio, no entrará en vigor de pleno derecho hasta que las Altas Partes contratantes se hayan puesto de acuerdo sobre la limitación de responsabilidad de los propietarios de buques".

Posteriormente, la Convención de Bruselas de 1.923 ha establecido que la responsabilidad de los propietarios de buques está limitada al valor de la nave, del flete y de los accesorios, por hechos y culpas del Capitán, de la tripulación y del Práctico, y otro artículo adicional declara aplicable el quinto de la Convención de 1.910.

De lo hasta ahora expuesto, se concluye que está un tan

to asimilado al sistema latino, al menos en lo que se refiere a la responsabilidad del naviero por actos del práctico.

Ahora bien, la aplicabilidad del sistema latino no significa que razone correctamente. En gran parte de las legislaciones el práctico es un auténtico funcionario público, nombrado por el Estado, que percibe emolumentos en relación con disposiciones legislativas en las que se le considera como tal funcionario público. No es nunca dependiente del naviero, ni miembro de la dotación. Concretamente, en nuestro Derecho, no puede encajar en la descripción del artículo 648 del Código de Comercio. Piensese que no entramos en su consideración funcional a la luz de valoraciones jurídico-administrativas, no creemos que sea necesario. El Estado encuadra una serie de auxiliares, dependientes, empleados, que en sentido estricto pudieran no entrar en la tipicidad pura del funcionario público, pero que, de hecho, lo son, sin perjuicio de que su caracterización o no como tales tenga efectos a la hora de determinar su responsabilidad.

Ahora bien ¿por qué entonces la responsabilidad del naviero? Si no es ni eventualmente miembro de la dotación, como viene reconociéndolo gran parte de la doctrina (Brunetti, Ascoli, Ripert y Gamechogoicoechea).

Entendemos que habría que acudir a los criterios generales sobre la empresa mercantil marítima, para justificar en esta ocasión -como en general en todas las relaciones para con terceros en que intervenga el buque- que el empresario de la navegación debe soportar las vicisitudes que su actividad económico-mercantil comporta. No obstante, no es evidentemente justo siempre.

este criterio. Los daños y perjuicios que se provoquen al propio buque o a terceros por personas de la dotación, dependientes directamente del naviero, deben ser reparados o indemnizados por éste, pero responder por el práctico que no es dependiente y que es impuesto y obligatoriamente utilizado, sólo tendría sentido si se pensase que, de derecho:

- El práctico no es funcionario público, o si lo es, sin efectos de responsabilidad (23).

- Aunque no forme parte de la dotación, el naviero responde por los actos del práctico y sólo puede dirigirse contra él a título personal, individual, sin perjuicio de la responsabilidad personal del práctico en los ámbitos penal y disciplinario.

-----

(23) La cuestión internacionalmente, se plantea así:

En Inglaterra, el practicaje ha sido siempre controlado por el Estado desde el "Merchant Ship Act" de 1.894 y ha sido reorganizado por el "Pilotaje Act" de 1.913 y puesto bajo el Control del "Board of Trade".

En Bélgica y Holanda constituye un servicio público dependiente de la administración de la Marina, y los prácticos son considerados funcionarios del Estado.

En Alemania no existe una verdadera y propia organización, ya que en unos puertos son funcionarios del Estado y en otros empleados de las mismas Compañías de Navegación. Ahora bien, en la legislación alemana, con la particularidad de asumir al Práctico el mando absoluto del buque y no sólo la dirección del mismo, por lo que queda como único responsable -y subsidiariamente la corporación a que pertenece- de cualquier daño que se derive de su actuación.

En Francia se rigen por una Ley de 28 de Marzo de 1.928, tienen carácter oficial y se agrupan en corporaciones. Su obligatoriedad depende del puerto de que se trate.

En Italia ostentan los prácticos el carácter de funcionarios públicos, estando en dependencia la obligatoriedad o no de sus servicios, de cada tipo de puerto. En el caso de que no exista uno de los componentes de la Corporación de un determinado puerto, se designan prácticos locales. Se rigen por el Reglamento de 29 de abril de 1.926 y quedan responsables de los daños que ocasionen por actuación profesional.

-----



Pero vamos a tratar el problema en la legislación española, uniendo el punto medular de la cuestión, que no deja de ser la vía indirecta de la responsabilidad del naviero; nos referimos al problema de la responsabilidad del capitán por actos del práctico.

B) Legislación española. -

a) Evolución histórica. -

a') Antecedentes. -

Normalmente la regulación del practica se ha orientado desde dos puntos de vista, administrativamente de un lado y en relación a las obligaciones del capitán de otro. En este último sentido el Consolat de mar determina las razones que justifican el auxilio del "piloto" o "piloto de puerto", que así denomina al práctico:

... "senyor de la nau o del leny hayra a logar pilot que hi sapia, e aquell pilot se affermara e dira al senyor de la nau o del leny que ell sap e es cert en quelles parts on lo senyor de la nau volva anar"...

Las Ordenanzas de Bilbao, decían que todo Piloto (práctico) que por ignorancia, malicia, embriaguez u otros motivos hi ciere varar o perder algún navío, además de estar obligado a pagar con sus bienes los daños que causare será privado de oficio y castigado con todo rigor.

Vemos como se determina, aunque en casos de negligencia específicos, la responsabilidad del práctico.

b') Las Ordenanzas de la Armada. -

En las Ordenanzas de la Armada de 1.793, se establecía: "para que nunca puedan alegar ignorancia en las pérdidas o naufragios culpables, el Capitán del puerto, al dar posesión de sus plazas (a los Prácticos) les enterará de que en pérdida que causen por malicia podrá extenderse la pena hasta la muerte, según las circunstancias; y en las originadas por su ignorancia, descuido o temeridad serán responsables de los daños en la parte posible de sus facultades, con más la corrección de cárcel o presidio, correspondiente a las circunstancias de su culpa y entidad del perjuicio".

Puede decirse que en las Ordenanzas de la Armada se considera ampliamente la responsabilidad personal del práctico, cuando concurren circunstancias de ignorancia, descuido o temeridad, bien entendido que estas vinculaciones tienen un rango profesional y un carácter general, dado que son las instrucciones que el Capitán de puerto comunica al entregar el cargo. No obstante, al personalizar la responsabilidad se hace desde un punto de vista penal y disciplinario fundamentalmente, mientras que las responsabilidades de carácter civil, originadas por culpa del práctico, sin dolo, se extienden a lo que el precepto denomina "parte posible de sus facultades". De cualquier forma, no se deduce del artículo la eximente para el Capitán con Práctico a bordo.

c') La Real Orden de 19 de Diciembre de 1885; la Real

Orden de 11 de marzo de 1886 y la Ley de Bases Generales.-

La Real Orden de 19 de Diciembre de 1885, dictada siendo Ministro de Justicia, con D<sup>a</sup> María Cristina, D. José María de Berenguer; en la segunda de sus disposiciones adicionales, citada en el estudio de Miranda, regula aspectos administrativos de los que luego se prescindiría, al decir:

"No obstante, cuando se preceptua en este Reglamento acomodado a la organización que, con más o menos diferencia, tiene el servicio de practicaje en los puertos del litoral de la Península, reconociéndose ventajosa la libre concurrencia que entre los Prácticos de Numero existe, sólo en el puerto de Bilbao no sufrirá alteración dicho servicio, por lo que respecta a este particular en el expresado puerto, y, por el contrario, se procurará, sin lesionar derechos adquiridos, ir preparando oportunamente su organización en el resto de la Península en el sentido de libre concurrencia con las modificaciones que aconseje el régimen de libre concurrencia seguido en el de Bilbao y en tanto no se crea conveniente en absoluto el libre practicaje".

Liberal disposición adicional que nunca se tuvo en cuenta, dado que, con posterioridad, se tendió justamente a lo contrario; intervencionismo estatal, régimen de limitación de plazas en cada puerto, etc.

Al año siguiente, en 1.886 se aprobaron las Bases Generales que dieron una nueva configuración más analítica y clasificatoria al servicio.

d') La R.O. de 11 de Marzo de 1.886.

"La Real Orden de 11 de Marzo de 1.886, confirmatoria de la de 19 de Diciembre de 1.885, dice en su artículo 16: "El Capitán de buque que no haga uso de Práctico para su entrada o salida en los puertos será responsable de las averías que pueda causar por ignorancia o malicia, sin perjuicio de la pena a que se haga acreedor por las Ordenanzas o Reglamentos del puerto." Infiérese de aquí, a sensu contrario, que, cuando el Capitán utiliza los servicios del Práctico, sobre éste recae la responsabilidad, pues si así no fuera, el Capitán sería siempre responsable y la citada aclaración hubiera sido innecesaria.

b) La Ley de Comunicaciones Marítimas y el Reglamento de 13 de Octubre de 1.913.- Han estado vigentes y han sido las disposiciones reguladoras de la materia hasta el vigente Reglamento de 1.958.

La Ley de Comunicaciones Marítimas de 1.909, ordenó la reforma de la Legislación de Practicajes y Amarrajes, que llevaría a cabo el aludido Reglamento de 1.913. En sus normas, se caracterizaba el practicaje como un servicio público que presta el Estado en régimen de monopolio, y su nombramiento se realiza conforme a la Ley, existiendo un número fijo y limitado de ellos en los puertos, bahías y fondeaderos que estén habilitados para el comercio marítimo.

En el estudio de la responsabilidad, el Reglamento de 1.913 chocaba un tanto con el articulado del Código de Comercio. Así, por ejemplo, su artículo 142 establecía:

"El Práctico es responsable de la derrota de la nave desde que la aborda hasta dejarla fondeada en el sitio conveniente, indicando al Capitán los rumbos que deba seguir para conseguirlo; pero esta responsabilidad cesa desde el momento en que el Capitán rehusare seguir sus instrucciones", y, a continuación:

"Cuando el Práctico considere arriesgado emprender la entrada, salida o movimiento hará protesta al Capitán de no quedar responsable de las resultas".

Añadiendo posteriormente que "el Capitán que no hace uso del Práctico se hará responsable de las averías que pueda causar".

Vemos como la legislación española de 1.913 reconocía ya, como regla general, la responsabilidad del Práctico, eximiendo al Capitán, cuando el accidente depende de actos del Práctico y aquel se limite a seguir sus instrucciones. Pero contrastemos este criterio con el del Código de Comercio.

c) El Práctico y su responsabilidad en el Código de Comercio. -

El art. 612, considera inherente al cargo de Capitán la obligación de:

6º "Pedir Práctico a costa del buque en todas las circunstancias que lo requieran las necesidades de la navegación, y más principalmente cuando haya de entrar en puerto, canal o río, o tomar una rada o fondeadero que ni él ni los oficiales y tripulantes del buque conozcan".

Aún no se configura la obligatoriedad plena de la petición que parece quedar un tanto al arbitrio del Capitán. Se viene a delimitar por ello la función asesora, complementaria del Práctico.

Sin embargo, el nº 7 del mismo artículo dice:

7º: "Hallarse sobre cubierta en las recaladas y tomar el mando en las entradas y salidas de puertos, canales, enseñadas y ríos, a menos de no tener a bordo Práctico en el ejercicio de sus funciones. No deberá pernoctar fuera del buque, sino por motivo grave o por razón de oficio".

Así pues, se le obliga a:

"Tomar el mando... a menos de no tener a bordo Práctico en el ejercicio de sus funciones".

Luego, ello parece indicar que con el Práctico a bordo, en ejercicio de sus funciones, el Capitán "no toma el mando" obligatoriamente.

Entendemos que el Código ha ido demasiado lejos, al menos en su letra. El espíritu de la norma debe interpretarse, y así lo hacen Gamechogoicoechea y Vigier, como dirección técnica e incluso como asesoría "en la maniobra".

Prueba real de ello es que las órdenes las sigue dando en el puente el Capitán, que debe seguir las indicaciones del Práctico, o, al menos, esta es la regla general que se sigue de hecho.

Así pues, en los números 6 y 7 del art. 612, el Código de Comercio viene a establecer:

1) La obligatoriedad de solicitar Práctico, en general, cuando lo requieran las necesidades de la navegación.

2) La cesión a dicho Práctico de la competencia funcional en las maniobras de entrada y salida de puertos, radas, fondeaderos, etc. Pero "solamente" en el ejercicio de "sus funciones" que en este caso no son las de mando, sino las de "asesoría técnica", conforme al viejo y al nuevo reglamento. Entendemos, pues, que no hay una cesión de mando, sino una utilización "vinculante", de la técnica del Práctico, cuando este "asesore en el ámbito de sus funciones".

Estas conclusiones, proyectadas sobre el problema de la responsabilidad nos conducen a establecer:

a) Que para el Código de Comercio el Capitán con Práctico a bordo debe seguir al mando total y pleno del buque.

b) Sin embargo, al imponersele la obligación de requerir Práctico habrá de ordenar la maniobra atendiendo a las indicaciones del Práctico en "el ejercicio de sus funciones".

c) En general, el accidente que ocurra por seguir las citadas indicaciones -sin que particularicemos ahora para el caso de abordaje- deberá determinar la no culpabilidad del Capitán, que no ha hecho sino condicionar su actuación a las indicaciones "vinculantes, cuando lo sean en el ejercicio de sus funciones", del Práctico.

d) Este, el Práctico, deberá responder de los daños y

perjuicios que se produzcan por accidente causado cuando se realice una maniobra que indique en uso de sus atribuciones.

El caso concreto del abordaje. -

A).- El art. 834 del Código de Comercio. -

a) Justificación y crítica. -

Art. 834: "Si los buques que se abordan tuvieran a bordo Práctico ejerciendo sus funciones al tiempo del abordaje, no eximirá su presencia a los Capitanes de las responsabilidades en que incurran; pero tendrán estos derecho a ser indemnizados por los Prácticos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que estos pudieran incurrir".

Hemos titulado este apartado "justificación" y ciertamente, el artículo 834 es difícil de justificar. La clave del problema fundamental está en el verbo "incurran".

"No eximirá la presencia del práctico a los Capitanes de las responsabilidades en que incurran... ¿aquellos? ¿los Prácticos? Así lo entendemos, aún admitiendo que gramaticalmente está mal expresado, puesto que debería decir "en que incurran aquellos", o, en su caso, "aquel", dado que al emplear el plural "incurran", pudiera entenderse que el sujeto de la oración debería ser "Capitanes", por aparecer también en plural. Ahora bien, tiene que referirse al Práctico, por las siguientes razones:



1º) Porque sería ocioso que el Código de Comercio afirmara que las responsabilidades en que incurriera el Capitán eran exigibles al mismo. Naturalmente que lo serán y en todo caso, como las del Piloto o cualquier miembro de la dotación, con Práctico a bordo, como en todo momento.

2º) Porque la frase siguiente del art. 834 ya determina una acción de repetición de "los Capitanes" contra los Prácticos, señal inequívoca de que si los Capitanes "tienen derecho a ser indemnizados por los Prácticos", será precisamente por los daños y perjuicios causados a consecuencia de la acción de estos, de los que ha tenido que responder el Capitán por la vía del primer párrafo del artículo.

Por consiguiente, en el abordaje, y sólo en el abordaje, el Capitán responde en todo caso, aunque la colisión derive de la actuación del Práctico.

Hay que entender, con Gamechogicoechea y Godinez, que ello se debe a que el supuesto de abordaje se produce sin que sea posible eximir al Capitán:

- ) Porque la colisión se verifica con objeto visible, otro buque, lo que deja a un lado la justificación por la vía de las "competencias" del Práctico, basadas en los riesgos ocultos de las entradas y salidas de puerto, barras, etc.
- ) Porque, por consiguiente, no sería dicho supuesto una excepción al principio ya defendido de mando permanen

te del Capitán "aún teniendo en cuenta el ámbito de atribuciones del Práctico".

Queda un importante punto por resolver. Antes hemos subrayado que esta solución la otorga el Código de Comercio "en el abordaje y sólo en el abordaje". En efecto. Al menos, desde la letra de la Ley, el art. 834 no está en la línea del número 7º del art. 612. Presume, que en el supuesto de abordaje el Capitán es responsable, mientras que el aludido número 7º centra la presunción de culpabilidad en el Práctico cuando está en el ejercicio de sus funciones.

Pero con la que consideramos más atinada doctrina, entendemos que el art. 834 es la excepción, por lo que:

- En todo caso la presencia de Práctico no exime al Capitán necesariamente, pero "en el ejercicio de sus funciones", en general, centra la imputabilidad de obligaciones y puede personalizarse sobre su actuación la responsabilidad, sin perjuicio de atender a las circunstancias de cada caso, o sea sin que ello exima a otro posible responsable.

- Sin embargo, en el supuesto de abordaje es el Capitán quien ante el objeto visible, con mayor conocimiento de la maniobra en su buque y teniendo en cuenta que el Práctico es solo asesor técnico vinculante en el ámbito de sus funciones, que son precisamente advertir de los riesgos ocultos en los lugares donde asesora, debe utilizar plenamente su mando, que en ningún momento ha perdido, y responder del gobierno de la nave en orden a evitar el accidente.

-Todo ello en relación a la acción civil y sin perjuicio de la imputabilidad penal y disciplinaria que puede recaer sobre Capitán y Práctico o sobre cualquier miembro de la dotación.

Pero, aún dentro de la esfera privada, los preceptos citados creemos son meramente indicativos, sin que puedan considerarse reglas generales aplicables a la letra a todos los supuestos.

-La responsabilidad del Capitán, derivada del art. 834 hace asimismo responsable al naviero por la vía del 826, pudiendo este subrogarse en las acciones contra el Práctico, cerrándose, por tanto, para el supuesto de abordaje el círculo originario de la responsabilidad del naviero.

b) Análisis de la doctrina española sobre el art. 834.

En general el problema se plantea alrededor de la tesis de reconocer o no carácter general al art. 834 o considerarlo únicamente aplicable al supuesto de abordaje.

En la interpretación en sí del art. 834, el maestro Garrigues afirma: "La presencia de un Práctico a bordo no exime de responsabilidad al Capitán, y, por tanto, al naviero como representado suyo" (24).

Fariña (25) alaba el criterio de Maclachlan, el cual afirma que "el Práctico, como designado por los armadores o su encargado el Capitán, es agente de aquellos, quienes son responsables del daño que pudiera ocasionarse por el buque cuando se halle a car

go del Práctico... pero el Capitán no es responsable mientras el buque se halle en manos del Práctico, si cuida de que las órdenes de este sean prontamente obedecidas por la tripulación".

Es decir, responsabilidad del armador, sobre la base de su delegación tácita.

A continuación toma una serie de decisiones jurisprudenciales, culminando su análisis con la conclusión de que se admite en Derecho Comparado, en general, la responsabilidad del armador por actos del Práctico, sin excluir la personal de éste, salvo en Inglaterra, Estados Unidos y en abstracto, en toda la jurisprudencia anglosajona, en la que, aunque sin carácter general, se abren más las posibilidades de la irresponsabilidad del armador, si bien tímidamente.

Por lo que respecta al Código de Comercio dice Fariña:

"Con arreglo al Código de Comercio de España, la circunstancia de tener a bordo práctico en el ejercicio de sus funciones no exime de su responsabilidad al capitán -y por consiguiente subsiste la responsabilidad civil del armador- por los daños sobrevenidos a causa de malas maniobras en el caso de abordaje se-

-----

(24) Garrigues.- Curso, pag. 789

(25) Fariña.- Derecho comercial marítimo, Tomo I, págs. 319 y sigs.

gún el art. 834 del Código de Comercio; pero en los demás casos debe reconocerse una responsabilidad directa del práctico, cuando ha tomado el mando del buque a la entrada o salida de puertos, pues así hay que deducirlo del artículo 612, 7º del Código de Comercio. El Capitán incurrirá en responsabilidad si ha desatendido las indicaciones del práctico".

Menéndez (26) insiste en los puntos analizados por Garrigues y Fariña.

Miranda Virto, en el artículo "Prácticos y practicajes", ya aludido, siguiendo la línea de Gamechogoicochea, expone:

Aquí surge el Código de Comercio para complicar un poco más la cosa y dice en su artículo 834: "Si los buques que se abordan tuvieren a bordo Práctico ejerciendo sus funciones al tiempo del abordaje, no eximirá su presencia a los Capitanes de la responsabilidad en que incurran; pero tienen estos derecho a ser indemnizados por los Prácticos, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que estos puedan incurrir".

Realmente, el artículo 834 no es un modelo de redacción, pues cuando dice que si los buques que se abordan tuvieren a bordo Práctico, no eximirá su presencia a los Capitanes de la responsabilidad en que incurran, ¿quién? ¿La responsabilidad del Práctico o la del Capitán? Hemos acordado todos que se trata de la responsabilidad del Práctico, pero hay que reconocer que, no está claro en el artículo 834.

Por de pronto, este artículo como es de excepción, confirma que en los demás casos la responsabilidad por varadas, averías, naufragio, etc., es imputable al Práctico.

Ahora bien, ¿cuales son estas razones de excepción?

-----  
(26) Aurelio Menéndez: "La responsabilidad del naviero por actos del Capitán" "en nuestro C. de C., en R.E.D. Marítimo, fascículos (II Jornadas Nacionales)".

Para unos el abordaje no es un objeto físico, sino un hecho eventual un accidente de mera posibilidad que puede o no sobrevener. Cualquier otro peligro del puerto es por su naturaleza un obstáculo fijo, tal una embarcación sumergida en el canal, un banco de arena, etc. tienen una existencia real y permanente mientras no desaparezcan, lo cual no ocurre ni puede ocurrir (dice Gamechogoicoechea) con un abordaje. Esto no es totalmente exacto, pues el abordaje puede ocurrir con una embarcación amarrada al puerto o bien amarrada en los norais, que constituye un obstáculo fijo.

Lo que hay es que en la mayoría de los casos estos obstáculos constituyen un peligro oculto, desconocido del Capitán, aunque no del práctico, que está obligado a saberlo antes de subir a bordo.

De aquí la distinción que hace Godinez entre riesgos visibles e invisibles, cuando dice así: "En nuestro humilde sentir el Capitán de un buque que tenga Práctico a bordo y navegue bajo sus indicaciones debe ser responsable de aquellos riesgos que sean "visibles" y peculiares de toda navegación, pero no de los invisibles que ocurran a la entrada o salida de un puerto, para tomar el cual se le exige por Ministerio de la Ley que lleve a bordo un Práctico de la localidad".

Gamechogoicoechea, aclarando a Godinez, dice:

"En su consecuencia, siempre que el Capitán divise a otro buque que avanza de vuelta encontrada o se cruce en su derrota y no medie otro obstáculo que impida la oportuna maniobra, a él le corresponde ordenarla en evitación del choque, sin que, para ello le sea preciso recurrir a los conocimientos locales del Práctico, ya que por su condición de Capitán está obligado a saber las reglas para evitar abordajes".

Y Vigier, en artículo publicado en la Revista General de Marina, nº de agosto-septiembre, 1967, escribe:

Queda finalmente por examinar el caso de abordaje ante la doctrina específicamente sentada por el artículo 834 del Código de Comercio, anteriormente transcrito. A simple vista, y ante su contenido, parece ser que, en todo caso, el responsable es el Capitán, y así lo estiman la mayoría de los autores que citan el re-

ferido precepto en defensa de su tesis. Sin embargo, en nuestra opinión, y siguiendo en ello el parecer de Gamechogoicoechea, no puede llegarse en todo caso a tan absoluta conclusión.

Ciertamente que, tratándose de abordajes, el Código mercantil sienta una doctrina especial cuya justificación hay que encontrar, como atinadamente señala el citado autor, en tratarse de un peligro que normalmente es manifiesto y no oculto como en otros casos y que, por tanto, ha debido ser previsto y tenido en cuenta por el Capitán que, al recibir a bordo al Práctico, no arría el mando de su buque, sino que continúa con el mismo aunque asesorado en su dirección por dicho Práctico, por lo que es natural no le exima de responsabilidad el sólo hecho de llevarlo a bordo y seguir sus indicaciones, si de su ejecución pudiera llegar a producirse un abordaje que él ha debido prever y evitar.

Pero tampoco hay que estimar tan absoluto este criterio, pues tampoco el citado artículo dice que, en todo caso, la responsabilidad sea del Capitán, sino simplemente que la presencia del Práctico no eximirá a los Capitanes de las responsabilidades en que incurran, por lo que si este siniestro, al seguir las indicaciones del Práctico, no hubiera podido preverse o evitarse por el Capitán, éste no incurrirá en responsabilidad, y sería absurdo el exigírsela por el sólo hecho de llevar Práctico, y más aún si este hubiera sido el causante de dicho accidente por su desacertada dirección, en cuyo caso él sería el único responsable y quien tendría que indemnizar los daños producidos, sin que en tal supuesto dicha responsabilidad pueda alcanzar al naviero que, conforme al artículo 826 del Código de Comercio, sólo responde cuando el abordaje fuese debido a culpa, negligencia o impericia del Capitán, piloto u otro cualquier individuo de la dotación, a la que, ciertamente, no pertenece al no estar ligado por un contrato de embarco ni figurar en el rol. Confirma esta doctrina la posibilidad de exigencia de responsabilidad criminal que, como el propio artículo reconoce, es doble exigir al Práctico y cuya responsabilidad criminal -no debe olvidarse- trae consigo la correspondiente responsabilidad civil, a tenor del artículo 19 del Código Penal.

d) El Reglamento de 4 de Julio de 1.958. -

a) El Práctico, asesor técnico. -

El párrafo 1º del artículo 9 del Reglamento dice:

El Práctico, como asesor técnico del Capitán, señalará la derrota de la nave, desde que la aborde a la entrada de los puertos, hasta su fondeo o amarraje en lugar seguro o hasta dejarla en franquía a la salida de aquellos, así como en los movi-

mientos dentro de los mismos, indicando al Capitán los rumbos o maniobras precisos a tales fines.

Observe que se refiere al Práctico como "asesor técnico del Capitán". En la definición de practica que se da en el apartado d) del artículo 1º del Reglamento se establece que practica es "el servicio que presta el Práctico, tanto para conducir a un buque desde la entrada de un puerto a seguro fondeadero... como la operación inversa a la salida..." Así pues, en la definición del practica se habla de "conducción", lo que parece determinar el mando, pero cuando el Reglamento relaciona las figuras de Capitán y Práctico, dice de éste que es "asesor técnico" de aquél; mixtificando ambas ideas, cabe pensar que el Práctico conduce técnicamente al buque, pero no lo manda, lo que implica cierta contradicción.

A continuación se vuelven a encontrar estas ideas de conductor y asesor, al decir el artículo sucesivamente:

..."señalará la derrota de la nave..."

..."así como los movimientos dentro de los mismos"  
(puertos)

..."indicando al Capitán los rumbos o maniobras precisas a tales fines".

Si "indica" es evidente que no "determina", sino que aconseja, lo que no implica que se irresponsabilice, sino sólomente que podrá culparsele por su actuación, cuando el accidente sobrevenga por defectos en su asesoramiento. Lo que hace concluir que -en términos generales, sin plantearnos el supuesto en concreto



del abordaje- el Capitán no se exime necesariamente por la presencia del Práctico, sino sólomente en los casos de daños por ineficaces indicaciones de éste.

b) Causas por las que sobreviene responsabilidad del Práctico.-

Las especifica el párrafo 2º del art. 9.

En el desempeño de los anteriores cometidos y cuando por inexactitud o error de las indicaciones por él formuladas para la determinación de los rumbos o maniobras aconsejadas, se causasen daños en el propio buque o a terceros, el Práctico será responsable de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que para el Capitán y Naviero se establece en el artículo 618 del vigente Código de Comercio.

Se insiste en la función del práctico refiriéndose a "inexactitud o error en las indicaciones formuladas para la determinación de los rumbos o maniobras aconsejadas"...

Queda muy clara la función de indicador o consejero del director de la navegación. Y añade: "se causasen daños al propio buque o a terceros". Este "terceros" deja abierto el camino de la responsabilidad, porque hay que tomarlo en abstracto y debe, por consiguiente, integrar a los interesados en la carga, a los perjudicados de todo tipo por el accidente y, como no, los daños y perjuicios a otros buques, lo que creemos que deja la puerta franca para la responsabilidad del práctico en el abordaje. Ahora bien, presente la limitación del art. 834, por lo que en tal caso responde el Capitán, por este al naviero, en aplicación del art. 826, y ello sin perjuicio de acción de repetición contra el Práctico.

c) La alusión al artículo 618 del Código de Comercio. -

Veamos el último inciso de este párrafo 2º: "sin perjuicio de la responsabilidad que para el Capitán y el Naviero se establece en el artículo 618 del Código de Comercio".

Vigier dice en el artículo citado sobre este párrafo:

Las deficientes normas del Código de Comercio sobre la materia no abordan ni solucionan de por sí este problema, limitándose a establecer, en los ordinales 6º y 7º del artículo 612, y entre las obligaciones inherentes al cargo de Capitán, las de pedir Práctico a costa del buque en todas las circunstancias que lo requieran las necesidades de la navegación, y especialmente, al entrar en puerto, canal o río o tomar rada o fondeadero desconocidos para él o sus Oficiales o tripulación, así como la de hallarse sobre cubierta en las recaladas y tomar el mando en las entradas y salidas de puertos, canales, ensenadas y rios, a menos de no tener a bordo Práctico en el ejercicio de sus funciones.

Por cierto que del último párrafo de este precepto, y no obstante su deficiente y oscura redacción, parece desprenderse el criterio de considerar que al encontrarse el Práctico a bordo éste toma el mando del buque; pero no creemos haya sido esta la intención del legislador por contrariar el carácter y cometido del Práctico -que no es el de hacerse cargo de la dirección del mismo- así como la tónica general mantenida en otros artículos del mismo Código, tales como el 615, 618, 384, etc., y en el propio Reglamento de Practicajes, en cuyo artículo se le califica como asesor técnico del Capitán y en quien, por tanto, continúa el mando. Por ello entendemos que tal precepto no se refiere al mando en su estricta y verdadera acepción, sino al mando directo o dirección de la nave.

Nosotros creemos que no hay incompatibilidad ni falta de correlación entre ambos preceptos, aunque cierta doctrina afirma que la referencia del Reglamento debería ser para con el art. 834 y no para con el 618. Entendemos, sin embargo, que tiene sentido la excepción, si se hacen las siguientes consideraciones:

1) El art. 618 establece un principio general de responsabilidad, dado que en el se engloban prácticamente todo tipo de daños y perjuicios que pueda ocasionar el buque, en cuanto que en su nº 5º se hace referencia a las consecuencias que sobrevengan por mal uso de facultades del art. 610 y por incumplimiento de las obligaciones del art. 612, lo que engloba prácticamente todas las eventualidades posibles.

2) El abordaje y sus consecuencias se incluyen en el nº 8 de este art. 618, al hablar de daños o perjuicios por "inobservancia de las prescripciones del Reglamento de situaciones de luces y maniobras para evitar abordajes".

3) Ahora bien, queda por discutir si al referirse el Reglamento de Practicaje a este art. 618, ha tenido muy en cuenta el primer párrafo del mismo, cuando habla de responsabilidad del Capitán para con el Naviero y de este "para con los terceros que hubieren contratado con él".

¿Quiéreme esto decir que la responsabilidad extracontractual se excluye por el legislador en el Reglamento de practicaje? ¿Acaso puede establecerse que en caso de responsabilidad extracontractual, v.gr., por abordaje, el práctico centra la imputabilidad?

Realmente creemos que el Reglamento debiera haber sido vago en su afirmación y afirmar sencillamente "sin perjuicio de lo establecido en el Código de Comercio". En su redacción real cabe pensar dos cosas:

1º) Que se refiere al art. 618 como regulador general

de relaciones y responsabilidades entre Naviero, Capitán y Práctico.

2º) Que se hace reserva a los derechos de terceros con tratantes, dejando al margen de los mismos al Práctico, pensando que en el supuesto de abordaje, única auténtica tipicidad extracon tractual del Libro III del Código de Comercio, ya está presente, vigente y terminante, el artículo 834.

No dudamos en inclinarnos por este último punto de vis ta dado que, a pesar de la generalidad del art. 618, no cabe duda de que este se proyecta sobre la responsabilidad contractual.

d) Exención de responsabilidad del Práctico  
y responsabilidad disciplinaria del mismo. -

Se determina en el párrafo 3º del artículo 9, al decir;

No alcanzará responsabilidad al Práctico si el Capitán se negase a seguir sus indicaciones, circunstancia que se hará constar en impreso que llevará el Práctico en previsión del caso.

Cuando el Práctico considere arriesgado el servicio para el cual ha sido solicitado, por razones de calado, mal tiempo u otra causa, dejará de prestarlo, justificando esta decisión en es crito dirigido a la Autoridad de Marina, cuya copia entregará al Capitán y quedando a resultas de la decisión final de aquella Auto ridad.

Lógicamente, insistiendo en su función asesora, se dice que "si el Capitán se niega a seguir sus indicaciones, no alcanzará responsabilidad al Práctico". Se señala asimismo la posibilidad de dejar de prestar el servicio, previo refrendo de esta decisión por la Autoridad de Marina.

Por último los párrafos cuarto y quinto del art. 9 se refieren a la responsabilidad disciplinaria, siempre permanente, diciéndo:

El Práctico en el ejercicio de su función y en analogía con lo establecido en el artículo 58 del Real Decreto de 7 de septiembre de 1.918 (R. 1.937, 721, nota y Diccionario 9258), que aprobó el Reglamento para aplicación de la Ley de Bases, de 22 de Julio de 1918 (R.1937, 721, nota y Diccionario 9257), podrá ser corregido disciplinariamente por las faltas leves, graves y muy graves que pueda cometer, con los castigos o correcciones que en cuanto le sean aplicables atendiendo a la índole de su función, se establece asimismo en el artículo 60 del citado Reglamento.

Corresponde corregir las faltas leves a la Autoridad local de Marina y las muy graves al Ministro de Marina, con el procedimiento y forma que se establecen en el artículo 61 y siguientes de la mencionada disposición.

d) Por la razón causal. -

1) Violación, indebida interpretación o error en la aplicación de las normas reglamentarias.

En la clasificación que se expone en el índice hemos enumerado sistemáticamente los diversos eventos que contempla el vigente Reglamento Internacional para prevenir abordajes en la mar de 17 de Junio de 1.960 (27) en orden a determinar las

-----

(27) En vigor en España, desde el 1 de septiembre de 1.965, tras aceptarse por nuestro país el 21 de abril de 1.964, según anuncio del Ministerio de Asuntos Exteriores publicado en el BOE, con fecha 20 de Julio de 1.965.

Sustituye al de 1.948 (en España introducido el 17-10-53), y ofrece, como mayor novedad, la de incluir en su parte dedicada a las Reglas de rumbo y gobierno un párrafo relativo a los buques equipados con radar, además de un Anexo, conteniendo unas recomendaciones sobre el uso de la información proporcionada por el radar como ayuda para evitar los abordajes en la mar. A efectos de determinarse o no la culpabilidad en el abordaje por el uso de radar no se establece nueva distinción. Antes, al contrario, en el Anexo que incluye las normas, compuesto de ocho apartados, se especifica que el alcance del radar y la marcación por sí sola no constituyen un conocimiento suficiente de la posición del otro buque, para relevar al usuario de la obligación de parar máquinas y navegar con precaución cuando se oiga una señal de niebla a proa del través. Idéntico criterio se sigue en orden a la obligatoriedad de todas las precauciones.

-----

respectivas normas vinculantes e imperativas que hagan seguro el tráfico marítimo. Advertimos que no haremos sino un some-ro análisis general de estas reglas que jurídicamente no ofrecen interés más que en la práctica, como elementos de prueba más o menos trascendentales y en relación a la importancia que los tribunales den a cada incumplimiento para calificar los aborda-jes.

a') De las reglas sobre luces y marcas (arts. 2 al 15 y 33 del Reglamento) (28).

Las reglas sobre luces son obligatorias en todo tiempo, desde la puesta de sol hasta su salida. No deberán ser utilizadas otras que puedan confundirse con las regladas. La falta de luces determina una presunción de culpa al acaecer un abor-daje, en la que incurre tanto el buque navegando como el fondeado, siempre que exista relación de causa a efecto entre la inobser-vancia en la utilización de luces y el accidente. Tradicionalmente, la jurisprudencia deja la carga de la prueba al buque inculpado por falta de luces, para que demuestre su correcto uso. Es de

- 
- (28) En unos casos empleamos el término "reglas" y en otros el de "artículos". La doctrina los usa indistintamente y no debe ser observado como diferenciación por nuestra parte. Si se nos diera a elegir no podríamos. "Reglas" es vocable con más rancia raigambre marinera, pero "artículos" es más propio dado que las "reglas de navegación" no tienen por qué ser únicamente las comprendidas en el Reglamento, y de esa ascendencia deriva el uso del término. Usando ambos zanjamos la muy peregrina cuestión.

de señalar que los tribunales son ciertamente rigurosos cuando la colisión se produce por estas causas.

En cuanto a las marcas y señales se emplean en determinados buques y situaciones, de día, son casos taxativamente señalados, dado que las maniobras se indican normalmente mediante señales acústicas.

Entre ellas se pueden estudiar las siguientes:

a) Buques sin gobierno (Regla 4ª, a). Los hidroaviones amarados que no son dueños de sus movimientos (Regla 4ª, b).

b) Buques tendiendo o levantando cables o efectuando trabajos hidrográficos o submarinos, o que no pueden separarse de la derrota de otros buques (Regla 4ª, c).

c) Las embarcaciones pescando con redes o cordeles (Regla 9ª, c) y d), salvo los de redes de arrastre, especialmente estudiadas (9ª e).

d) Las embarcaciones de pesca de arrastre no fondeadas (Regla 9ª, e) 3).

Las embarcaciones de pesca pescando fondeadas (Regla 11, c).

Buques fondeados (Regla 11, c).

Buques varados (Regla 11, c).

Buques que naveguen a vela y por propulsión mecánica a la vez (Regla 14).

Buque o hidroavión amarado, que se encuentren en peligro y que pidan socorro (Regla 31).



b') De las reglas indicativas e imperativas para casos de niebla, sobre velocidad y señales.-

El cumplimiento del artículo 16 del Reglamento (29) que obliga a la reducción de velocidad en caso de circunstancias atmosféricas desfavorables es esencial y, desgraciadamente, de los menos atendidos desde el empleo generalizado del radar.

La aplicación de las indicaciones de la regla 16 son imperativas tanto de noche como de día, debiendo acompañarse la reducción de velocidad de las señales acústicas aludidas en la regla 15 (30) determinando la responsabilidad en el abordaje la omisión de señales fónicas o su errónea utilización.

En cuanto a lo que debe interpretarse por "velocidad moderada", que se ordena en niebla o cerrazón, la jurisprudencia indica que debe interpretarse en relación con las circunstancias de la navegación que realiza el buque, magnitud de tráfico en la zona, densidad de la niebla y demás características que sirvan para calibrar la mayor o menor probabilidad del riesgo de colisión, llegando a ser vinculante la obligación de parar máquina al oír por la proa del través la sirena de otro buque.

-----

(29) Art. 16.- Moderación de velocidad en tiempo de niebla.- a) Todo buque o hidroavión en el agua y en movimiento, que se encuentre en una zona de niebla, bruma, llovizna, nieve, fuertes chubascos de agua o cualquier otra circunstancia que aminore la visibilidad, navegará a velocidad reducida, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones del momento.

b) Todo buque de propulsión mecánica, cuando oiga la señal de niebla de otro buque cuya posición no conozca con exactitud pero que estime que demora a proa de su través, parará su máquina tan pronto como las circunstancias del caso se lo permitan y navegará después con precaución hasta que el peligro de abordaje haya pasado...

- (30) En la extensa regla 15, párrafo c), se establecen las señales preceptivas distinguiendo entre buques de propulsión mecánica esten o no en movimiento (I y II); buques a vela (III); fondeados (IV); en tren de remolque (V y VI); varado (VII) y embarcaciones menores de 20 toneladas (VIII y IX) o con práctico a bordo (x)

Llama la atención el supuesto del remolque, en particular porque se reconoce la posibilidad de que el tren de remolque se sienta imposibilitado para gobernar, en cuyo caso emite señales autónomas. De aquí se deduce que el Reglamento establece una presunción sobre la dificultad de maniobra de los buques en remolque. Lógicamente fundamentada, la regla lleva en cierto modo a establecer una presunción en el sentido de que todo buque que cruce con remolque debe gobernar ante tales pitadas. Ello dará lugar, dada la dificultad de la prueba, a crear una primaria visión de los hechos determinante de la no responsabilidad de los buques del remolque, en cierto modo favorecidos por esta regla técnicamente justificada.

Lo cierto es que entendemos que el reglamento debería llegar más lejos haciendo imperativo en todo caso que los buques gobernarán siempre al tren de remolque. De hecho, cuando es identificado, como en el caso de las dragas o en el imperativamente delimitado de los pesqueros en faena que deben ser gobernados siempre (regla 26), la embarcación de más factible maniobra puede -y creemos que hasta debe- gobernar al amparo de la regla 27.

Tomamos como aclaración las normas citadas:

Art. 15 c) V. Todo buque que remolque, esté ocupado en tender o levar cables submarinos o boyas, o que navegue en condiciones que no pueda apartarse de la derrota de otro buque que se le aproxime, por estar impedido de gobernar o no poder maniobrar según lo exige el presente Reglamento, emitirá, en sustitución de las señales indicadas en los apartados I, II y III, a intervalos que no excedan de un minuto, tres sonidos consecutivos, a saber: un sonido largo seguido de dos cortos.

Art. 26.- Todo buque en movimiento que no esté en faena de pesca debe apartarse de la derrota de las embarcaciones que pesquen con redes, aparejos o arrastre. El presente ar

título no da derecho a las embarcaciones en faena de pesca a obstruir un canar frecuentado por el tráfico de buques no sean de pesca.

Art. 27.- Al aplicar e interpretar estos artículos se tendrán en cuenta todos los peligros de la navegación y abordaje, así como todas las circunstancias, particulares incluso las que momentáneamente afecten a los buques e hidroaviones que intervengan, las cuales pueden obligar a apartarse de los anteriores artículos para evitar un peligro inmediato.

-----

c') De las demás señales preceptivas. -

Los artículos 28 al 32 del Reglamento determinan las señales fónicas para indicar la caída a babor o estribor y los sonidos que en número de tres cortos, significan que se está dando atrás; asimismo, se establecen las advertencias para los casos de duda en la maniobra y demás precauciones.

La regla 30 se refiere al necesario cumplimiento de los reglamentos locales sobre radas, ríos y aguas interiores.

En este grupo de reglas, que el Reglamento recoge con el título general de "Varios se recogen también las señales de auxilio (art. 31).

d') De las normas sobre rumbo y gobierno. -

Estan expuestas en los artículos 17 al 27 del Reglamento. En ellos se preveen las maniobras que deben efectuarse y obligaciones que han de ser observadas, según los tipos de buques, las derrotas seguidas por los que se cruzan, las circunstancias geográficas y cualesquiera otras que incluyan. La atenta observación facilitará las correctas marcaciones.

No nos parece adecuado un tratamiento analítico de estas normas que, de otro lado, por su carácter técnico-náutico no sería factible por falta de conocimientos al respecto. Un análisis completísimo de las mismas lo realiza Fariña en su obra "Abordajes", Reglamentación Internacional. Asimismo sistemáticamente se trata, desde el punto de vista comparado, la jurisprudencia en múltiples supuestos, en la excelente y completa obra "La responsabili-

dad por abordaje en los buques equipados con radar", del Profesor Santiago Hernandez Yzal, a la que en otros lugares hacemos referencia.

2) Por vicio propio del buque.-

1) Generalidades.-

Ha sido la jurisprudencia británica la que más claramente ha determinado la posible responsabilidad personal del naviero al probarse que el buque no se encuentra en las debidas condiciones de navegabilidad, siendo su mal estado causa de abordaje y debiendo el armador responder plenamente, aunque los vicios de la embarcación puedan derivar de faltas en el mantenimiento o vigilancia de sus dependientes. La tesis surge del artículo 503 de la Merchant Shipping Act., bien entendido que en pocas ocasiones se reconoce la participación efectiva del empresario de la navegación. Se crea una presunción de culpa contra el armador por vicio propio del buque, sin perjuicio de conceder la limitación de responsabilidad por la "improper navigation" de la embarcación. El sistema es similar en EE.UU.

Por contraste, como sabemos, en las distintas legislaciones continentales viene a construirse la teoría de la responsabilidad en base a los principios contractuales o, en su caso, a los extracontractuales que dimanen del concepto de empresa, de la condición de dependientes del Capitán y auxiliares de navegación que directamente están en contacto con el buque para proveer a su cuidado. El naviero sólo se exonerará probando el caso fortuito o la fuerza mayor, pudiendo desvirtuarse la negligencia en el vicio propio oculto, demostrando haber obrado prudentemente con la debida diligencia.

Los supuestos a determinar en este apartado serán, por tanto, la calificación de vicio propio del buque como oculto o como no apreciado negligentemente; las responsabilidades que se originan en caso de abordaje, cuando queda palpable la relación causal entre el vicio propio del buque y el accidente, al considerarse que la colisión se debe a que el vicio ha impedido la correcta maniobrabilidad y el gobierno debido. Se estudiará el Código de Comercio ante el problema, para concluir con el análisis del Convenio de Bruselas de 1.924, tangencialmente relacionado con este supuesto y que nos permitirá examinar las consecuencias que pueden producirse para con los interesados, en el supuesto de fletamento (cargadores) y en razón a las relaciones asegurador-asegurado, marítimos.

a) Vicio propio descubrible y vicio propio oculto. -

El naviero no es responsable, en principio, de los abordajes sobrevenidos debidos a un vicio oculto del buque. La jurisprudencia mantiene que el vicio es oculto, no cuando haya sido ignorado por el armador, sino únicamente cuando materialmente es indescubrible, a pesar de un examen detallado del buque.

Vicio propio, del que el oculto no es más que una especie, es el conjunto de riesgos que provienen de la naturaleza propia del buque. Al existir expresa obligación del empresario de navegación de mantener su embarcación en perfectas condiciones de navegabilidad, obligación esta que ha de ser diligentemente cumplida por sí mismo a través del Capitán; cuando el vicio se considera pudo ser subsanado con el cumplimiento de tales prescripciones sobre acción diligente, y no lo ha sido, el origen de la responsabilidad por accidentes a causa del vicio es claro.

Ahora bien, ¿Cuándo es descubrible y cuándo es oculto el

vicio? Vamos a examinar la cuestión delimitando tres tipos posibles de vicios, siguiendo en este punto las puntualizaciones que, de una parte la jurisprudencia y de otra la doctrina y los arbitros de derecho privado, han realizado de las diversas cláusulas de las pólizas de seguro de cascos, acudiendo a esta fuente por cuanto los estudios del problema suelen centrarse casi siempre alrededor de los intereses que se debaten en el seno del seguro marítimo.

b). Uso y desgaste de material; vicio descubrible y defecto latente. -

-) Uso y desgaste de material. -

Evidentemente, el mal funcionamiento de cualquier sección, parte o pertenencia del buque, puede deberse al desgaste del material. Las piezas están sometidas a un trabajo más o menos intenso, que hace imprescindible su reemplazo transcurrido un tiempo de su uso. Las averías que puedan surgir como consecuencia de la no reposición de las piezas obsoletas, cuando exista conocimiento o descuido en la vigilancia de las mismas, son imputables al Armador. Por consiguiente, probado que el buque navega en condiciones impropias, con anuencia del naviero, y que por causa de la negligencia en el cuidado de las piezas se provoca la incorrecta navegación y el accidente de abordaje, existirá una imputabilidad clara para el empresario de navegación. En nuestro derecho, la responsabilidad en la vigilancia del buque, como luego analizaremos, se centra en parte en el Capitán, por lo que la del naviero lo será, en este caso, vía 826 del Código de Comercio, en relación con el resto de los preceptos que luego estudiaremos y sin perjuicio de las circunstancias particulares de cada supuesto.

En todo caso, directa o indirectamente, es innegable la

obligación del naviero de efectuar reconocimientos periódicos y revisar continuamente el estado del buque.

-) Vicio descubrible. -

Técnica y pericialmente deberá establecerse lo patente o nó del vicio de que se trate. Será el armador quién deberá alegar en su favor la consideración y demostración de la condición de no descubrible del vicio. Todo ello se calibrará en base a los informes de los técnicos que intervinieron en la construcción o última revisión periódica, así como, en su caso, en los de la Sociedad de clasificación que haya verificado la inspección.

Calificado el vicio como descubrible responderá el naviero, determinada su negligencia en la revisión, como en el supuesto anterior de desgaste peligroso imprudentemente consentido.

-) Defecto latente. -

Como señala Victor Dove (31) es el que no se descubre mediante el ejercicio de la debida diligencia. Defecto latente es aquel que no hubiera sido descubierto por un hombre meticuloso.

El defecto latente exonera de responsabilidad, por esta causa, al armador. El accidente en este caso se produce aunque se hayan tomado todas las medidas necesarias para el descubrimiento del defecto y surge, con la condición de no previsible. La prueba versará sobre estas dos condiciones:

-----

(31) Recogido por Vega Pereda y Cervera Pérez en el Laudo Arbitral de 25 de Octubre de 1.962, en relación al caso del "Rio Miera" (REDMAR, tomo 6 pág. 279 y siguientes).



- Existencia de vicio oculto, derivado de defecto latente del buque.
- Relación de causalidad entre dicho vicio y la provocación del abordaje por el buque que lo padece.

Y, lógicamente, corresponderá a los responsables titular -y Capitán, en su caso- del buque inculpado.

Los entes citados juristas Vega Pareda y Cervera Pérez, contrastan esta idea del defecto latente en un artículo publicado en 1.953 en la revista "Vida Marítima y Comismar", y afirman:

"Se ha discutido mucho la parte de los informes que tratan de los defectos latentes. Si una pieza de maquinaria se rompe a causa de fatiga no descubierta y razonable, y causa daños, los daños resultantes habrán sido originados sin duda alguna por defecto latente, pero si pudiera probarse que aquella pieza determinada de maquinaria había alcanzado su límite de vida y que un Armador prudente la hubiera renovado, entonces los aseguradores podrían, con razón, alegar que había habido falta de la debida diligencia por parte de los armadores.

En el caso de que el material sufra de fatiga antes de haber llegado al límite de la vida que de él se esperaba, a menos que pueda demostrarse la causa próxima, el fallo será considerado como un defecto latente. Por ejemplo, en el caso de que el metal de un eje cristalizase y el eje se rompiese no habiendo otra causa próxima, y si este hubiese llegado a su límite de vida, la rotura podría atribuirse solamente a un defecto visible exteriormente. La interpretación de defecto latente es muy amplia, más amplia de lo que piensa la mayoría de la gente".

En conclusión, si el vicio no pudo ser prevenido y se prueba la debida diligencia del naviero en el mantenimiento del buque, el supuesto podrá dar lugar, probadas las circunstancias analizadas anteriormente y la causalidad, a una calificación de fortuidad o de fuerza mayor, aunque será harto dificultosa esta prueba, que limita muy de cerca con los principios culposos, civiles y los genera-

les de responsabilidad extracontractual.

Como el problema se encuentra tácitamente incluido en varios artículos del Código de Comercio y, de otra parte, esta ligado a otras interesantes cuestiones relativas al fletamento y al seguro, pasamos a continuación al estudio de su proyección en el Derecho español.

## II) El problema en el Derecho español. -

### a) En el Código de Comercio.

La propia definición de naviero en el párrafo segundo del artículo 586 se refiere al mismo como el encargado de avituallar al buque, aunque en el párrafo primero especifica la responsabilidad del empresario de la navegación, por los actos del Capitán y por las obligaciones contraídas por este para reparar, habilitar y avituallar el buque. En cierto modo, se traslada al Capitán la acción para reparar o habilitar la nave. Así se desprende claramente de la quinta facultad que otorga al Capitán el artículo 610, que se refiere a que será inherente al mismo "tomar todas las disposiciones convenientes para conservar el buque bien provisto y pertrechado, comprando al efecto lo que fuere necesario, siempre que no haya tiempo de pedir instrucciones al naviero", complementada esta facultad por la regla secta del mismo 610. Por consiguiente, si hay tiempo para solicitar las aludidas instrucciones, serán estas las que especifiquen la forma de conservar y pertrechar la embarcación. De aquí se deduce una posible diferenciación:

1) Obligación de habilitación y avituallamiento, del naviero.

2) Obligación de vigilancia sobre la conservación y mantenimiento, del Capitán.

Ello está de acuerdo con el número 1º del art. 612, que considera inherente al cargo de Capitán "tener a bordo, antes de emprender el viaje, un inventario detallado del casco, máquinas y aparejo, pertrechos, respetos y demás pertenencias del buque"; y asimismo guarda correlación con el nº 4 del mismo art. 612, que indica una faceta de esa vigilancia, al establecer que el Capitán deberá "hacer antes de recibir la carga, con los oficiales de la tripulación y dos peritos si lo exigieren los cargadores y pasajeros, un reconocimiento del buque, para conocer si se halla estanco, con el aparejo y máquinas en buen estado y con los pertrechos necesarios para una buena navegación, conservando certificación del acta de esta visita..."

De otro lado, el art. 614 excusa únicamente al Capitán de su obligación de cumplir el viaje concertado en caso de accidente fortuito o fuerza mayor; el número 1º del art. 618 le hace responsable de todos los daños que sobrevinieren al buque por impericia o descuido de su parte; el párrafo primero del art. 620 responsabiliza al Capitán por daños al buque a causa de sus faltas, excusandole sólo por fuerza mayor; el 632, 1º determina la obligación de vigilancia del casco por el contramaestre en delegación del Capitán y muy claramente el art. 676, dice:

"Perderá el Capitán el flete e indemnizará a los cargadores, siempre que estos prueben, aún contra el acto de reconocimiento, si se hubiere practicado en el puerto de salida, que el buque no se hallaba en disposición para navegar al recibir la carga".

Ahora bien, cuando el art. 676 habla de Capitán está refi

riendose al representante del naviero. Piensese que dicho artículo se encuentra incluido en el párrafo segundo de la sección I del título III del libro III del Código, sobre el contrato de fletamento, presidido por la rúbrica "De los derechos y obligaciones del fletante". Por fletante hay que entender naviero-fletante, en cuyo lugar el art. 676 hace subrogarse al Capitán, únicamente por ser el que se encontrará a bordo para relacionarse con los cargadores. Sin embargo el art. 676 no es claro. A primera vista responsabiliza al Capitán y, sin duda, no existe contradicción en ello, si pensamos en que él es quien realiza el acta de reconocimiento -proyección de la obligación de vigilancia del 612, 4º- y al haber dado por válida la navegabilidad incorrectamente debe responder de tal error, lo que, en todo caso, no eximirá al naviero. Este supuesto, sin embargo, está directamente referido a las relaciones fletante-fletador, que exceden un tanto de nuestro problema.

b) En la Ley española de 22 de Diciembre de 1949. -

Aun incurriendo de nuevo en el parcial defecto de acudir al encuentro de disposiciones cuya motivación y finalidad no es el estudio de los supuestos que analizamos, es interesante la compulsa de algunos preceptos de la ley del 49.

La primaria distinción en la ley entre faltas nauticas y comerciales, determinándose prácticamente la inexistencia en estas últimas de cualquier clausula de exoneración de responsabilidad, conforme a los antecedentes que la impulsan -el Harter Act norteamericano, las Reglas de La Haya de 1.921 y, en particular, el Convenio de Bruselas de 1.924- configura la posible exoneración de responsabilidad del porteador por las pérdidas o daños provenientes de innavegabilidad del buque siempre que prue

be haber empleado la debida diligencia al efecto: La exoneración puede también provenir de prueba de faltas del capitán, práctico o personal destinado por aquél a la navegación o manejo del buque, o surgidas de caso fortuito o fuerza mayor, salvamento, cambio de ruta necesariamente tomado, culpa del cargador u otras causas en que se pruebe la no culpabilidad del porteador o sus agentes.

En consecuencia, el descubrimiento de vicio propio del buque como causa del abordaje establece una presunción "iuris tantum" de responsabilidad del armador, que para no ser inculgado del accidente tiene que probar que adoptó todas las precauciones posibles con la "due diligence".

c) Conclusiones básicas en Derecho español. -

Pueden formularse las siguientes:

-) Si el vicio no pudo ser previsto y se prueba la debida diligencia del naviero en la habilitación y avituallamiento del buque, puede haber lugar a calificación de fortuidad o inevitabilidad, si se demuestra la relación de causalidad entre el vicio y el accidente marítimo.

-) El Capitán ostenta la obligación de vigilancia sobre la conservación y mantenimiento del buque en condiciones de navegabilidad. Si por sus faltas en dichos cometidos se crea vicio del buque causante de abordaje, ello no exonera al naviero por la vía del art. 826 del Código de Comercio, pero subsistirá en tal caso la acción de repetición del naviero contra el Capitán.

-) El vicio propio del buque comporta una presunción de responsabilidad del armador, que deberá probar que adoptó las necesarias y diligentes precauciones para no ser inculpado.

-) Los tribunales valorarán fundamentalmente la condición de vicio propio descubrible o vicio propio oculto, encuadrado en este el defecto latente, no susceptible de localización ni aún con la debida diligencia en la obligación de habilitar y mantener. Sólo en tal supuesto, demostrado por el armador y en ningún caso en los vicios descubribles puede haber lugar a calificación de fortuidad o inevitabilidad, siempre que quede patente la relación de causalidad entre el vicio y el abordaje.

d) Jurisprudencia comparada.- Nuevas repercusiones del problema de la "diligencia debida" del naviero.-

En la doctrina y en la jurisprudencia comparadas se observa claramente la exigencia de los requisitos estudiados. El naviero deberá probar que existía el vicio oculto, la relación causal con el daño y que ha tenido la precaución de emplear la debida diligencia en la conservación.

Fariña (32) hace un análisis de la jurisprudencia internacional en relación al problema y establece una evolución entre las resoluciones de las primeras décadas de siglo y las actuales. Dice así:

-----  
(32) F. Fariña: "La responsabilidad del armador en el transporte marítimo y el vicio oculto del buque (R.E.D. Mar; tomo 3; 1.963; pág. 299).

"La jurisprudencia de las primeras décadas del siglo actual admitía en principio que un buque provisto de certificaciones de su buena clasificación, visita reglamentaria y autorización de salida, se encontraba en perfectas condiciones de navegabilidad, aunque esta presunción siempre estaba supeditada a la prueba en contrario. Pero a partir de mediados de este siglo, las frecuentes alegaciones del vicio oculto como causa exoneratoria de responsabilidad en el transporte marítimo, han motivado que las principales naciones marítimas: Inglaterra, Francia, Italia, Estados Unidos, etc., traten de defender la virtualidad de las leyes y convenios internacionales en lo que también afecta a los intereses de importadores y exportadores. Y con esto puede decirse que se ha reavivado la antigua pacífica lucha entre cargadores y receptores, por una parte, respaldados por las Sociedades aseguradoras, y por otra parte, los legítimos intereses de los armadores".

"El concepto de la debida diligencia o diligencia razonable aparece en la jurisprudencia internacional marítima de las tres últimas décadas generalmente interpretado con un criterio muy restrictivo en el aspecto del vicio oculto del buque como exoneración de responsabilidad del transportista. Se ha acentuado la desvalorización de inspecciones y desde luego de los certificados de las Sociedades clasificadoras y de expertos. La prueba de presunciones en contra de la admisión alcanza decisiva prevalencia. En algún caso, justificada".

Y más adelante añade:

"En algunas decisiones se ha interpretado en los últimos tiempos la diligencia debida o razonable como una obligación casi personal del armador. Es obvio que este no puede personalmente cumplir debidamente y por sí mismo esas funciones que, además, requieren conocimientos especiales de carácter técnico que no pueden ser exigidos al propietario del buque.

Existe una patente antinomia en estas cuestiones. Hay que confiar para el descubrimiento de los vicios ocultos del buque en los reconocimientos e informes -generalmente lacónicos- de las Sociedades clasificadoras que sustituyen al armador en las previsiones de la debida diligencia y que, a su vez, disfrutan de un estatuto de no responsabilidad, mediante una cláusula en la que declinan la que puede derivarse de errores de juicio, faltas o negligencia de sus agentes. Las revisiones extraordinarias resultan

generalmente costosas y entorpecen la rotación de los buques. El problema de la "diligencia debida" en relación con la navegación y posibles vicios ocultos de los buques, requería por todo ello nuevas soluciones. Acuciaron estas algunos casos, muy discutidos, planteados ante los tribunales británicos y franceses, principalmente."

Se plantea, por tanto, un problema evidente. Si el naviero ha mostrado su diligencia enviando periódicamente el buque a revisión o, en un principio, haciéndose cargo del buque construido y clasificado ¿Hasta que punto pueden hacerse responsables de errores de expertos inspectores de armamento?

En 1.963, los armadores británicos, razonando de este modo han presentado enmienda ante el Comité Marítimo Internacional, aprobada por éste; y esta reforma, cuando sea interpretada, evitará que pueda resultar responsable de incumplimiento de la debida diligencia el armador que ha adoptado la previsión de encomendar las medidas y precauciones necesarias a técnicos de toda solvencia.

"La enmienda presentada en lo que afecta al deber del armador de ejercer la debida diligencia para mantener al buque transportista en buenas condiciones de navegabilidad antes y al comienzo del viaje, prevé que el armador no es responsable en los casos en que ha empleado para cumplir esa obligación un contratista independiente y la pérdida o daño tiene lugar únicamente a causa de la negligencia de dicho contratista independiente, de sus empleados o agentes. En los comentarios de esta reforma dice una conocida revista marítima, si en estos casos el armador ha designado por sí mismo a un reputado reparador y resulta que por negligencia de un ajustador se han seguido daños (caso de Muncaster Castle) en circunstancias en que el armador no puede ser considerado responsable como negligente en otros aspectos, por ejemplo, si la propia supervisión o inspección ha sido razonadamente ejercida, el armador no responde de pér-



didas o daños producidos por la negligencia del operario. En otros términos, dice la nota traducida libremente sobre la enmienda, se exonera de responsabilidad el armador siempre que pueda probar: a) que ha designado un contratista idóneo independiente; b) que éste sea de reconocida competencia; c) que la alegación de la falta en el ejercicio de la debida diligencia se suscite solamente en razón a la negligencia incurrida por el contratista independiente, sus empleados o agentes, respecto a la construcción, reparaciones o mantenimiento de las condiciones del buque. La enmienda no produce la exoneración del armador cuando no ha adoptado las razonables precauciones de inspección o supervisión.

3) Por fuerza mayor. -

a) Concepto. - Abordaje por fuerza mayor es aquel que se produce a consecuencia de sucesos que no han podido preverse o que previstos son inevitables.

Tomamos la definición de una mera transcripción del artículo 1.105 del Código Civil donde se establece una norma general de exoneración de responsabilidad para los supuestos de casus y vis maior. No vamos aquí a tratar la distinción. No es el lugar. De otro lado, aunque siempre se ha aducido que en el caso de la vis maior, su origen ha de ser totalmente extraño a la voluntad del agente -obligado en su caso- quedando fuera del curso ordinario y regular de la naturaleza, como base de distinción, persiste muchas veces su dificultosa diferenciación. Como otrosí, además, digamos que son conceptos uniformes y paralelos cuya separación no ofrece interés real en caso de abordaje.

b) La fuerza mayor en el Código de Comercio.

Vamos a estudiarla en relación al transporte terrestre, al marítimo y al abordaje, por ser interesantes tales puntos de vista.

En relación al transporte terrestre, el art. 361 dice:

"Las mercaderías se transportarán a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario.

En su consecuencia, serán de cuenta y riesgo del cargador todos los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte, por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas.

La prueba de estos accidentes incumbe al porteador".

Así pues el porteador se libera probando la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, de los daños o pérdidas en las cosas transportadas, siempre que no haya acuerdo en contrario. El caso fortuito o la fuerza mayor deberán ser alegados por el porteador y probados mostrando la total diligencia en el cumplimiento de su obligación como asimismo -entendemos- la relación de causalidad entre el evento constitutivo del casus ó la fuerza mayor y el resultado dañoso.

Paralelamente, veamos como juega la fuerza mayor en el transporte marítimo.

Las normas se contienen en los arts. 614; 640 a 642; 697 y 620.

"Art. 614. El Capitán que habiendo concertado un viaje dejare de cumplir su empeño sin mediar accidente fortuito o caso de fuerza mayor que se lo impida, indemnizará todos los daños que por esta causa irroque, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar".

"Art. 640. Serán causas justas para la revocación del viaje:

1<sup>a</sup> La declaración de guerra o interdicción del comercio con la Potencia a cuyo territorio hubiera de dirigirse el buque.

2<sup>a</sup> El estado de bloqueo del puerto de su destino, o peste que sobreviniere después del ajuste.

3<sup>a</sup> La prohibición de recibir en el mismo puerto los géneros que compongan el cargamento del buque.

4<sup>a</sup> La detención o embargo del mismo por orden del Gobierno, o por otra causa independiente de la voluntad del naviero.

5<sup>a</sup> La inhabilitación del buque para navegar".

"Art. 641. Si después de emprendido el viaje, ocurriere alguna de las tres primeras causas expresadas en el artículo anterior, serán pagados los hombres de mar en el puerto adonde el Capitán creyere conveniente arribar en beneficio del buque y cargamento, según el tiempo que haya servido en él; pero si el buque hubiera de continuar su viaje, podrán el Capitán y la tripulación exigirse mutuamente el cumplimiento del contrato.

En el caso de ocurrir la causa cuarta, se continuará pagando a la tripulación la mitad de su haber, si el ajuste hubiera sido por meses; pero si la detención excediese de tres, quedará rescindido el empeño, abonando a los tripulantes la cantidad que les habría correspondido percibir, según su contrato, concluido el viaje. Y si el ajuste hubiere sido por un tanto el viaje, deberá cumplirse el contrato en los términos convenidos.

En el caso quinto, la tripulación no tendrá más derecho que el de cobrar los salarios devengados; más si la inhabilitación del buque procediere de descuido o impericia del Capitán, del maquinista o del piloto, indemnizarán a la tripulación de los perjuicios sufridos, salva siempre la responsabilidad criminal a que hubiere lugar".

"Art. 642. Navegando la tripulación a la parte, no tendrá derecho, por causa de revocación, demora o mayor extensión de viaje, más que a la parte proporcional que le corresponda en la indemnización que hagan al fondo común del buque las personas responsables de aquellas ocurrencias".

En todos ellos, bien directamente, bien autorizando (640) la revocación del viaje, se establece la exoneración plena de responsabilidad por daños y perjuicios de naviero y Capitán por fuerza mayor, haciendose en el 640 un análisis de determinadas causas lógicas las cuatro primeras y un tanto indeterminada la última, al referirse a la "inhabilitación del buque para navegar". Creemos que se está refiriendo a una innavegebilidad no debida a culpa o negligencia de naviero o Capitán, como lo demuestran el último párrafo del art. 641 y el art. 642.

Aparte de los artículos analizados, el C. de C. establece una regla general en el párrafo 1º del art. 620, referente a la responsabilidad del Capitán, al decir: "No será responsable el Capitán de los daños que sobrevinieren al buque o al cargamento por fuerza mayor; pero lo será siempre, sin que valga pacto en contrario, de los que se ocasionen por sus propias faltas".

Garrigues comenta el precepto, exponiendo que "la expresión ha de interpretarse con el criterio subjetivo de la culpa: será debido a fuerza mayor todo daño que no provenga de la negligencia del Capitán (impericia o descuido dice el art. 618, número 1º)".

Y, a continuación, añade que "la expresión fuerza mayor se emplea como término indiferenciado del de "caso fortuito", a semejanza de lo que ocurre con el transporte terrestre, todo lo que no sea fuerza mayor entra en el terreno de lo culposo; es decir, de lo previsible y evitable por cualquier porteador medianamente cuidadoso".

-En relación al abordaje, el C. de C. se refiere a la fuerza

za mayor en dos artículos, el 830 y el 832.

Art. 830. - "Si un buque abordare a otro por causa fortuita o de fuerza mayor, cada nave y su carga soportará sus propios daños".

Art. 832. - "Si, por efecto de un temporal o de otra causa de fuerza mayor, un buque se halla debidamente fondeado y amarrado, abordare a los inmediatos a él causándoles averías, el daño ocurrido tendrá la consideración de avería simple del buque abordado".

En el primero de ellos vemos como se hace equivalente la "vis maior" al "casus", en cuanto a los efectos patrimoniales. Tanto en el abordaje fortuito como en el debido a fuerza mayor, cada nave y su carga soportarán sus propios daños. Por tanto, de los tres supuestos de inimputabilidad en la colisión -dudoso, fortuito y por fuerza mayor- sólo en el dudoso (art. 827) se establece la solidaridad respecto a los "cargos" de ambos buques, mientras que en el fortuito y en el inevitable la regla es no excluir o exonerar de los daños de la carga.

Lo que no aclara el art. 830 es lo que debe entenderse por fuerza mayor, a tales efectos. Orcasitas, siguiendo a Navarro Dagnino enumera como ejemplos los siguientes: pérdida de anclas o amarras a consecuencia de tempestad, abordaje en niebla cuando no haya existido infracción del Reglamento en uno ni en otro buque, etc. Nosotros trataremos de analizar jurisprudencialmente, y a través de resoluciones de Tribunales de todo tipo de legislaciones, los puntos de referencia que cualifiquen esta fuerza mayor, en el apartado referente a jurisprudencia.

El art. 832 expone un caso concreto de abordaje producido por buque debidamente fondeado y amarrado, supuesto en el

que especifica que el daño tiene la consideración de avería simple del buque abordado, por lo que será de aplicación la norma del art. 810 del C. de C., soportando el gasto el dueño de la cosa que "sufre o recibe el daño", de acuerdo asimismo con el párrafo primero del nº 8 del artículo 809, cuando establece: "Serán averías simples o particulares.....".

8ª. "El daño inferido a un buque o cargamento por el choque o abordaje con otro, siendo fortuito o inevitable"

c) Análisis de la doctrina. -

Como señala Hernandez Yzal, la doctrina española -Garri-gues, Olondo, Gamechogoicoechea, etc.-, insiste en los requisitos ya aludidos de "imprevisibilidad del evento o inevitabilidad del mismo, aunque hubiera sido previsible", debiendo tratarse de suceso extraño a la empresa; en expresión del maestro Garri-guez la causa habrá de encontrarse en "fuerzas extraordinarias de la naturaleza que tienen caracter irresistible", frente al caso fortuito que más ampliamente incluye todos los supuestos que se califiquen negativamente por la ausencia de culpa o impericia en el Capitán o miembro de la dotación.

Fariña, por su parte, realiza, en base a criterios juris-prudenciales, una a modo de clasificación de formas de fuerza mayor. Dice que pueden constituir fuerza mayor el "arret de prince", es decir la orden dada por la autoridad; la amenaza de peligro inminente; el temporal violento; la niebla extraordinaria-mente densa; el golpe de marque arrebatada las luces de situación; la elevación casi instantánea de aguas, normalmente en ríos, etc.

Estos casos son los enumerados asimismo a título de ejemplo por Lorenzo, Murga y Ferreiro, en el Diccionario Marítimo Español.

d) Criterios jurisprudenciales. -

Todas las legislaciones son paralelas, en general, en los supuestos de fuerza mayor.

Las características que se suelen requerir son la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la excepcionalidad.

Droit Maritime Français publica una serie de sentencias que han sido sistematizadas por Fariña y Azcarraga en su "Jurisprudencia Internacional Marítima", bajo la rubrica "Fortuna de mar". De ellas sacamos los siguientes criterios:

-) La tempestad no es por sí misma un caso de fuerza mayor, y para ser considerada así es necesario que sea imprevisible y excepcional.

..."Si el Capitán hubiese tenido posibilidad de preverla, le correspondía adoptar las disposiciones procedentes para evitar las consecuencias perjudiciales. Pero atendiendo a lo que resulta de las fotografías tomadas a bordo durante la tormenta, el diario de a bordo y otros documentos, así como de las conclusiones del experto, que aun actuando unilateralmente no puede ser excluido concordando sus enunciaciones y conclusiones con las otras pruebas presentadas, se admite que la tempestad, causa de las averías, ha tenido un carácter anormal, imprevisible para sustraerse a ella, arrancando aparejos del buque y ocasionando daños a la carga, a pesar de ser perfecta la estiba". (S. en Droit Maritime Français, 1958, pág. 750).

-) La mar gruesa y el mal tiempo, con vientos fuertes, fuerza 7-8, encontrados en la travesía de un buque, no pueden ser considerados como imprevisibles ni invencibles, en naves de determinada potencia y tonelaje.

... El Tribunal de Comercio de Dunkerque, en decisión de 21 de diciembre de 1.959, después de destacar que se trataba, en el caso presentado a su juicio, de un mal tiempo, cualificado por vientos de la fuerza 7 y de la fuerza 8 de la escala Beaufort, expone que estas circunstancias no han constituido ni un huracán, ni una tempestad, ni aún grandes rachas de viento, indicadas por la fuerza 10, y que aún reconociendo que en la lucha contra los elementos el marino, aunque sea experimentado, no puede estar siempre seguro de dominarlos y que el peligro del mar y la debilidad humana frente a él son difícilmente concebibles en tierra, es preciso admitir en este caso que el mal tiempo reinante encontrado no produjo rotura alguna de aparejos, ni averías en el casco ni en los cables, que son las características de la tempestad, evidenciando el carácter fortuito de los daños...

... Este mal tiempo, aunque importante y de carácter continuo, no podía ser considerado como una tempestad de carácter ciclónico, que permitiese su encuadramiento en un caso de fuerza mayor; la jurisprudencia exige que las tempestades hayan sido imprevisibles, subitas y de una intensidad insólita en las regiones en que se producen.

-) Los daños se valorarán teniendo en cuenta no sólo la circunstancia de fuerza mayor, sino también cualquier otra que, como en el caso de estiba defectuosa, puedan mostrar matices concurrentes sean o no culposos.

... Parecido reparto de responsabilidad, que necesariamente sólo puede establecerse mediante consideraciones equitativas, aparece en otras decisiones jurisprudenciales, como en la sentencia del Tribunal de Comercio del Sena de 28 de Enero de 1.960: después de hacer constar que la tempestad alegada fue súbita, imprevisible y violenta, confirmandose estas características por los servicios de meteorología, así como por el diario de navegación del buque, anotando que la violencia de dicha tempestad



le obligó a desviarse de su derrota, poniéndose al abrigo de la costa, se reconoce que la tempestad tuvo los caracteres de imprevisibilidad y de imposibilidad de contrarrestarla que definen la fuerza mayor, siendo la causa de los daños acreditados, pero que existiendo a la vez informes de un experto, en el sentido de que los daños reconocidos tuvieron que ser agravados por una estiba defectuosa del cargamento, había que decidir que el armador sólamente podía considerarse exonerado de responsabilidad por la mitad del importe de las averías registradas, resultando responsable, por la cifra correspondiente a la otra mitad, como imputable a una deficiencia en la estiba. Esta decisión fué confirmada por la Corte de Apelación de París, de 10 de noviembre de 1.961, (Droit Maritime Français, 1962, pág. 104).

... El Tribunal de Comercio del Sena precisa en otro de estos casos, en sentencia de 29 de marzo de 1.962, que en la travesía del buque, el viento no sobrepasó nunca los siete grados Beaufort, no pudiendo por ello constituir un caso de fuerza mayor el temporal alegado como exoneración; pero, aun aceptando esto, se consideró que ese mal tiempo pudo agravar la estiba defectuosa, lo que permite aminorar en parte la responsabilidad del transportista marítimo...

... Ya a finales de 1.956 la Corte de Apelación de Rabat apunta un criterio más liberal con la decisión de considerar, en sus especiales características los peligros de mar y no como una simple variedad de la fuerza mayor. En la sentencia de 5 de diciembre de 1.956 se dice que la tempestad, dentro del cuadro de los convenios internacionales, no está asimilada a la fuerza mayor, con sus características de excepcional, irresistible e imprevisible, sino como "un riesgo de mar, que una buena gestión a la vez náutica y comercial del viaje del buque no ha podido evitar ni contrarrestar"...

-) Serán el Armador y el Capitán quienes deban probar la realización del transporte o cualquiera de sus obligaciones con total diligencia.

... La prueba de la llamada "fortuna de mar" o sea, el mal tiempo encontrado en la travesía del buque, como causa generativa de averías sufridas por el cargamento transportado, está en íntima relación con las condiciones de navegabilidad del buque, así como con las medidas y previsiones adoptadas por el Capitán.

En la sentencia de 4 de abril de 1.957, de la Corte de Casación de Italia, se exponen normas fundamentales en esta materia. El motovelero de madera "Anna D'Arrigon", transportando un cargamento de cemento de Livorno a Catania, encontró mal tiempo durante su navegación, llegando averiada la mercancía por agua de mar. Al reclamar los receptores al armador, éste invocó la exención de responsabilidad alegando la "fortuna de mar". El Tribunal de la Primera Instancia y la Corte de Apelación desestimaron la exención alegada por no encontrar elementos suficientes que calificasen la "fortuna de mar". Recurrida la última sentencia ante la Corte de Casación, fue confirmada, declarando que ni el armador ni el capitán habían suministrado prueba alguna de haberse realizado el transporte con la necesaria y normal diligencia y que, además, faltaba también la prueba de hallarse el buque perfectamente estanco al emprender el viaje, siendo notorio que el certificado de navegabilidad no era suficiente y únicamente podía, en todo caso, establecer una presunción de navegabilidad en cuanto al día en que había sido expedido. Declaraba, además, la Corte de Casación que si bien la fortuna de mar puede eximir al Capitán y el armador de culpa comercial por las averías constatadas, para ello es necesario que la "fortuna de mar" haya tenido las características de una verdadera tempestad de invencible violencia, susceptible de producir el daño a la carga y al buque, no obstante haber adoptado todas las previsiones posibles en su defensa...

Parecidos conceptos encontramos en la jurisprudencia belga y holandesa:

... Sentencia de la Corte de Casación de Belgica de 13 de Abril de 1.965. - Formula la declaración siguiente: Siendo inherentes a todo transporte por mar los "peligros, riesgos y accidentes de mar", constituyen vicisitudes de la navegación que no necesitan ser en todo caso imprevisibles; pero para que den lugar a una exoneración de responsabilidad es preciso que sean de tal naturaleza que el transportista se encuentre en la imposibilidad de preservar las mercancías transportadas contra las consecuencias perjudiciales de estos acaecimientos. (Jurisprudence du Port d'Anvers, 1957, pág. 117).

En la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal de Comercio de Amberes se declaraba: "La jurisprudencia decide unánimemente que los peligros, riesgos y accidentes de mar, comúnmente denominados fortuna de mar, deben presentar un carac

ter si no de fuerza mayor, por lo menos excepcional, para que puedan determinar la ausencia de responsabilidad del transportista con arreglo al artículo 91 de la Ley belga. En este caso, el transportista impugnaba la interpretación que daba a los peligros de mar el Tribunal de la Primera Instancia, alegando que la que debían tener los términos "peligros, riesgos y accidentes del mar" era la de vicisitudes de la navegación y que, en este concepto, el transportista sólo tenía que probar para la exoneración a su favor que esas vicisitudes eran la base de la avería resultante de ellas, a menos que se demostrase que el daño o avería que se pretendía imputar al transportista provenía de una culpa en el cumplimiento de sus obligaciones".

... En la jurisprudencia holandesa el concepto de los peligros de mar es muy amplio. No es necesario encuadrarlos en la fuerza mayor ni aún exigir que sean de un carácter excepcional. Pero, en todo caso, el transportista, para eximirse de responsabilidad por estas causas exoneratorias está obligado a demostrar no sólo que han sido la causa efectiva de los daños sino, además, que el buque se encontraba en buenas condiciones de navegabilidad. (Sentencias Corte de Casación, 5 noviembre 1954. Scgip en Schade, 1957, 73 S.T. Amsterdam, 5 noviembre 1958 Schip en Schade, 1959, 18; S.T., Rotterdam, 21 enero 1959. Schip en Schade, 1959, 60. En este último caso se hizo responsable al transportista por no haber aportado debidamente tal prueba).

Ningún matiz ofrecen otras sentencias que podríamos analizar. El derecho español y los fallos de nuestros Tribunales están en línea con esta enumeración de requisitos de excepcional causa; inevitable acción ante el suceso e imprevisible determinación del mismo, siendo las consecuencias las que analizabamos antes en el comentario del articulado del Código de Comercio.

De todo ello surge una conclusión importante; que, en caso de abordaje, es poco habitual el reconocimiento de la concurrentia de fuerza mayor que, en todo caso, dependerá normalmente de las alegaciones y pruebas controvertidas que realicen el naviero y capitán interesado.

La S.T.S. de 20 de Octubre de 1970 y el art. 832 del Código de Comercio. -

El T.S. ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las características de la fuerza mayor, en relación al art. 1105 del C. Civil, en un caso de abordaje con resultado de daños, ocurrido entre buques abarloados, a consecuencia de una marea viva, en la ría de Bilbao, considerando el Tribunal arbitraria la alegación de la fuerza mayor por cuanto el concepto de fuerza mayor excluye toda posibilidad de prever y evitar el evento anulando la voluntad humana.

Antecedentes.- La entidad actora formuló demanda en juicio ordinario de mayor cuantía contra las entidades "S.E.C.N." y "C. A.M.P,S.A.", sobre reclamación de cantidad. A petición de los demandados fueron acumulados otros autos promovidos por una entidad de seguros contra ambos demandados y contra don F.S. y don P.G. sobre indemnización de averías y abordaje.

El Juez de 1ª instancia dictó sentencia por la que condenó a los demandados al pago de distintas cantidades a los actores. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó en parte, y manteniendo la condena de las sociedades demandadas respecto de la primitiva entidad actora, absolvió respecto de esta a los Sres. F.S. y P. de G., declarando, sin embargo, la culpa de estos y la condena de las sociedades demandadas respecto de los daños causados a la entidad aseguradora, con la consiguiente indemnización por un importe idéntico al señalado en primera instancia.

Interpuso recurso de casación por infracción de la ley, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En ambas sentencias se habían declarado como hechos probados, tanto la realidad del daño como su causa física, y la de 1ª instancia fundamentaba su fallo en que "la riada ocurrida la noche del 12 al 13 de noviembre de 1961, en el Nervión, ría de Bilbao, fue de caracter extraordinario, pero no imprevisible, sino que fue

aumentado durante tres días y los capitanes de otros buques que además del "Campoamor" se encontraban surtos en la misma ría ordenaron reforzar amarras en sus respectivos barcos debido a la riada que se preveía; gracias a dicha previsión, barcos que se encontraban en parajes más peligrosos pudieron salvar el peligro con menores defensas que el "Campoamor", que estaba mal acondicionado, despegada la proa formando ángulo, y que este ataque defectuoso contribuyó al fallo de sus amarras y también contribuyó el que en el costado de babor que estaba al lado de la ría, estuvieran abarloados una cabria y un remolcador utilizados por la Naval para sus trabajos en el buque "Campoamor", por la resistencia que oponían a la corriente y que nada se hizo para modificar la situación a pesar de haberse previsto el peligro por la Naval y su Capitán de Dique, conclusiones que acepta la sentencia recurrida y ratifica repitiendo en su cuarto considerado que la riada y la variante de la marea viva eran previsibles y que las causas probadas del siniestro radicaban en tres circunstancias: la situación del buque, su amarre y el arbaolamiento al mismo del remolcador y de la cabría".

Doctrina. - Intentando impugnarse la sentencia recurrida por la alegación de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, y tras de resaltar los defectos procesales en que incurre el recurrente, señala respecto del pretendido error de derecho: "a) que no sólo la sentencia recurrida no ha desconocido el valor de la confesión judicial..., sino que en su cuarto considerando recoge como propias esas imputaciones que se hacen al capitán del "Campoamor", sin perjuicio de añadir que con ello no se justifica la conducta del capitán de la Naval, que tenía obligación, como función propia, de asesorar al otro sobre la necesidad de adoptar las precauciones adecuadas, y lejos de eso agrava la situación al abarloar indebidamente el remolcador y la cabria al buque tanque dando además elementos de amarre insuficientes; que de la misma forma, no sólo se han valorado debidamente los documentos que se citan..., sino que en el sexto considerando de la sentencia de primer grado, aceptado por la sentencia recurrida, se analizan razonadamente, y en el séptimo se confrontan con otros documentos que los contradicen y enervan, y de los cuales prescinde arbitrariamente el recurrente pretendiendo que prevalezca su criterio valorativo subjetivo, parcial y fragmentario, sobre el más objetivo del Tribunal...". Asimismo desestima el supuesto error de hecho por carecer los documentos alegados de los caracteres necesarios para que prosperase el motivo de recurso.

... En otro de los motivos del recurso se denuncia la violación del artículo 1.105 del C.C. por entender que lo ocurrido "se

justifica como un caso de fuerza mayor", la cual califica el Tribunal de "elegación arbitraria y afirmación gratuita, puesto que el concepto de fuerza mayor excluye toda posibilidad de prever y evitar el evento anulando la voluntad humana o como se decía en el Derecho romano, es que consilio humano neque providere, neque vi tari potest, requisitos que están en contradicción con los hechos declarados probados en autos y no destruidos eficazmente". Por todo lo cual procede el Tribunal a desestimar la totalidad del recurso.

La Sentencia ha sido comentada por Serrano Monforte y Cuñat Edo (33). Es de señalar que el recurrente no citó como infringido el art. 832 del C. de C., sino el al.105 del C.C., lo cual ha provocado -y es lástima- que el Alto Tribunal no se pronuncie sobre la interpretación del precepto. No obstante, como señalan Serrano y Cuñat, la solución a la que habría llegado el Supremo habría sido la misma, puesto que, como se desprende de la norma, "el temporal u otra causa de fuerza mayor" que parecen recogerse en ella en un sentido objetivo de puro fenómeno natural, sólo poseen virtualidad exoneradora "cuando el buque se halle debidamente amarrado".

Ahora bien, los citados comentaristas entienden que este "debidamente amarrado" indica que "para enfrentarse al acontecimiento se hayan desplegado las medidas oportunas según la diligencia ordinaria del hombre de mar, no obstante lo cual se pudo producir el abordaje". Y en este punto surge una duda. La diligencia ordinaria ¿exige tomar las medidas oportunas en previsión de casos de temporal u otra causa de fuerza mayor?

A nuestro modo de ver, el art. 832, cuando se refiere a que el buque debe encontrarse "debidamente fondeado y amarrado" está pensando en la diligencia ordinaria con las medidas precauto

-----

(33) Manuel Serrano Monforte y Vicente Cuñat Edo, en la Sección de Jurisprudencia de la Revista Española de Derecho Mercantil, nº 120, págs. 290 y sigs.

rias que se adopten generalmente por un Capitán o patrón debidamente diligente. Otro supuesto haría inviable el artículo. Por con siguiente, en cada caso concreto habrá que determinar cuales son las medidas de previsión normales en el supuesto que se presente, probabilidades de acaecimiento que tiene el evento de fuerza mayor, información sobre el mismo que debe conocer el titular del mando en el buque (v.gr. boletines meteorológicos y de mareas, avisos a los navegantes, etc.) y, en base a todos estos presupuestos, se establecerá si "el buque se encuentra debidamente fondeado y amarrado y ha existido debida diligencia!"

En el presente caso parece que hubo negligencia por cuanto el resto de los buques abarloados habían tomado medidas precautorias y es probalbe que el Alto Tribunal hubiera llegado a la misma consecuencia, pero quede bien patente que conforme al art. 832 sólo es la diligencia ordinaria generalmente debida la exigible, en el caso concreto de que se trate, si bien al suponer dicho precepto una concesión privilegiada que integra una autentica exención de responsabilidad del buque abordador, habrá de ser interpretado siempre restrictivamente, compulsando si concurren todos sus requisitos, para considerar el daño como avería simple del buque abordado.

e) En el ambito o esfera penal. -

Nos limitaremos en este punto, prácticamente, a la mera enunciación de los tipos, dado que en otros lugares de este estudio se realiza un extenso análisis de los aspectos penales. Unicamente nos detendremos en el supuesto que denominamos abordaje-falta, sin perjuicio de ulteriores alusiones.

1) Doloso.-

Es la colisión intencionada o voluntariamente querida. En su condición de eventual es dificultosa su tipificación en el abordaje, rozando los límites de la imprudencia grave o negligencia grave, por la vía de la previsibilidad.

Los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, en sus párrafos primeros castigan el abordaje doloso en la mar y en puerto respectivamente.

Art. 59. 1º.- El abordaje, el naufragio o la destrucción de un buque, realizado intencionadamente en la mar, aún con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión mayor.

Art. 60. 1º.- El abordaje, naufragio o destrucción de un buque causado, intencionadamente en puerto, aún con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión menor.

2) Culposo.-

El debido a negligencia grave o a imprudencia del Capitán, Piloto u otro miembro de la dotación.

Asímismo los arts. 59 y 60, en sus párrafos segundos, lo examinan al decir:

Art. 59. 2º.- Si el delito se cometiese por grave negligencia o imprudencia, la pena será de arresto mayor a prisión menor o inhabilitación para mandos de buques (48).

Art. 60. 2º.- Si el delito se cometiera por grave negligencia o imprudencia, la pena será de arresto mayor o inhabilitación para mandos de buques hasta dos años.



Su estudio se desarrollará en su momento.

3) Sin responsabilidad penal. - La posible responsabilidad de la falta por negligencia o imprudencia con resultado de abordaje.

Dos posturas se observaron en la doctrina y en los Tribunales de la Jurisdicción de Marina en la interpretación de los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.

De una parte se decía que al exigir dichos artículos la gravedad en la negligencia, que hacían extensiva a la imprudencia que requería ser asimismo grave para determinar el tipo; cuando no resultase probada dicha gravedad, desaparecía el delito de abordaje y no quedaba nada en la vía penal. La única calificación era "sin responsabilidad".

De otra parte se vino a considerar que si no existía gravedad en la conducta culposa negligente o imprudente, no por ello debería necesariamente inducirse la inexistencia de culpa, ni -conforme a este criterio- había razón alguna para pensar que el legislador de la Ley especial punitiva mercante había querido derogar cualquier norma que estudiase penalmente conductas culposas de las previstas en la ley especial. Bajo esta hipótesis, interpretand que la existencia del delito de abordaje no es óbice para la del delito de imprudencia punible, se consideró la posibilidad de calificar abordajes culposos de ciertas características como delitos del art. 565 del Código Penal.

Cabe la posibilidad de encontrar dogmáticamente más adecuada esta última postura, dando entrada al delito de imprudencia

con resultado de colisión y daños en buques. Bien entendido que las fronteras entre simple imprudencia con infracción de reglamentos, imprudencia temeraria y grave negligencia o imprudencia no están marcadas y que serían meras cuestiones de matiz.

Ello no obsta para que adoptemos la mentada postura ante el problema.

Del mismo modo se ha llegado a poner en tela de juicio la existencia de la que pudieramos denominar falta de daños con motivo de abordaje o abordaje por simple imprudencia. En efecto, por los mismos razonamientos que antes hacíamos en relación con el art. 565 del Código Penal, creemos que no existe en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante ninguna vía de derogación de los arts. 600 y 586, a efectos de su aplicación en la mar, a los casos de abordaje. Por consiguiente, cuando en la conducta del Capitán, Piloto u otro miembro de la dotación, se aprecie simple imprudencia y se haya producido abordaje a consecuencia de la misma, con daños o lesiones deberán aplicarse dichos artículos y no dejar impune una conducta tan culposa como cualquier otra.

Los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante no son, a nuestro juicio, la única fuente legal de enjuiciamiento. Sin embargo, esta interpretación tiene que partir de una rigurosa consideración de sus consecuencias. Los daños en abordaje no son normalmente los que se producen en una colisión de vehículos automóviles, ni las responsabilidades civiles son paralas. Con habitualidad estas son muy cuantiosas y deben exigirsele como derivadas de la penal al inculpado criminalmente por delito o falta. De ahí que la pena pecuniaria, que deriva de la aplicación del art. 600 del Código Penal -o, en su caso, del art. 586, 3º- sea una débil punición en comparación con lo que puede suponer la exacción de las responsabilidades civiles. A esar de ello ensa-

mos lo siguiente:

a) El análisis jurídico penal no puede partir de consideraciones relacionadas con la magnitud de las responsabilidades civiles, sin que deba dejar de tenerlas en cuenta, pero estamos, ante todo, en el estudio de la posible calificación, y afirmamos como factibles las vías del Código Penal común, en particular las de las faltas de los arts. 600 y 586, 3º.

b) Lo apuntado sobre responsabilidades civiles no es de hecho trascendente. En Derecho Marítimo y en el abordaje en particular la responsabilidad del causante directo -Capitán, piloto u otro miembro de la dotación- de los accidentes, se detiene realmente en la frontera de la pena que en su caso recaiga. Lógica y justamente el naviero o en su lugar los aseguradores serán, al cabo, los demandados patrimonialmente.

c) Además de lo dicho, para su utilización por los tribunales civiles, en las demandas que sobrevengan con posterioridad, en relación con el abordaje, cuanto más completo y analítico sea el fallo de la Jurisdicción de Marína -sin perjuicio de su no vinculación- más útil será para la interpretación general de los problemas jurídico-mercantiles que se planteen.

### III

#### EL ABORDAJE COMO DELITO. -

##### -) Sistemática.

##### I) Caracteres del delito

- 1) La acción en el delito de abordaje.
  - a) La profesionalidad.
  - b) La dificultad de determinar la relación de causalidad.
- 2) La antijuridicidad en el abordaje.
- 3) La tipicidad en el abordaje.
- 4) La culpabilidad (remisión a otro lugar).
- 5) La punibilidad.

##### II) Elementos del delito de abordaje. -

- a) El sujeto activo
- b) El sujeto pasivo
- c) Objeto material, objeto jurídico y circunstancias de lugar.

### III

#### EL ABORDAJE COMO DELITO. -

##### Sistemática. -

Desarrollaremos en primer lugar el estudio de los caracteres del delito, relegando la "culpabilidad" a un posterior análisis. A continuación serán objeto de atención los elementos (sujeto activo y pasivo, objeto material y jurídico, y lugar), para, a continuación, entrar en el fondo de los problemas con los epígrafes dedicados al abordaje doloso y los esenciales sobre la negligencia y la imprudencia en el accidente, que integran las cuestiones fundamentales en la práctica y dogmática jurídico penales, derivadas la más de las veces de la problemática en torno al abordaje culposo.

##### I. CARACTERES DEL DELITO (1). -

Siguiendo el criterio tradicional, trataremos de analizar en principio la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad, la tipicidad y la punibilidad en el delito de abordaje. Ulteriormente se planteará el estudio de las modalidades dolosa y culposa desde el ángulo que pudiéramos denominar legalista y positivo.

En esta introducción las bases de partida pretendemos que sean únicamente las de la dogmática penal.

-----

- (1) Rodríguez Devesa emplea la denominación de "caracteres esenciales del delito", distinguiendo entre "caracteres positivos esenciales", porque sin ellos no puede afirmarse la responsabilidad criminal (entre ellos estudia la acción, la antijuridicidad tipificada y la culpabilidad), y caracteres negativos (causas excluyentes de la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad). Nos parece evidentemente adecuada esta denominación,

precisamente en los términos y apartados en que se plantea, y por ello la acogemos, frente a la tradicional y usual de "elementos del delito", y ello porque entendemos que el término "elementos" debe referirse al estudio del sujeto activo, su sujeto pasivo, objeto del delito, circunstancias del tiempo y lugar, es decir, a los constitutivos y determinantes de cada acción calificable como delito, considerada individualmente.

-----

1.- La acción en el delito de abordaje (2).-

En la escuela clásica - v.gr. Carrara y Antolisei -la acción es el elemento material de la infracción, frente al moral interno de la culpabilidad. Este aspecto de mutación del mundo exterior evoluciona desde el naturalismo de Von Liszt -que entiende la acción objetivamente observandola desde el resultado, como "trastorno material perceptible en el mundo exterior", criterio este seguido por Eberhard Schmidt, al decir que se fundamenta en la producción de cambios en el orden moral y social- hasta

-----

- (2) Las bases de este estudio -resumen sobre la acción y en general sobre todos los caracteres del delito de abordaje- se han tomado de nuestros autores más representativos. Las doctrinas de la causalidad fundamentalmente en Anton Oneca, Derecho Penal I, 1.949 (obra cuya reedición no parece llegar) págs. 162 y sig. En otros apartados se estudia, en relación al abordaje la acción finalista, sobre la que el profesor Cerezo impartió hace varios años algunas conferencias en la Facultad de Derecho de Madrid, cuando en la cátedra del profesor A. Oneca, quien redacta estas líneas era alumno. En varios puntos, sobre todo sobre la culpa, del malogrado profesor Quintano (Curso, págs. 211 y sigs. y "Derecho penal de la culpa"); y, como no, del Tratado del profesor Jiménez de Asua. Sin embargo, en cierto modo este tratamiento unitario, mediato para el estudio del abordaje, quizás se haya basado más en la sistemática del profesor Rodriguez Devesa (Dº Penal Español, Parte general, págs. 294 y sigs.), a nuestro juicio de las más completas.

Naturalmente el estudio siempre lo hemos de desarrollar en relación al delito que analizamos. Por ello no puede prescindirs de las poquísimas y parciales monografías como las de Orcasitas, Gutierrez de la Cámara, etc.; citadas en múltiples lugares en la parte jurídico-penal.

Es de advertir que, en este como en otros muchos casos, el autor bebe casi siempre en las fuentes de la doctrina española, dado que su único objeto es el tratamiento de nuestro derecho.

hasta las concepciones subjetivistas de inmixti3n de tales caracteres, como la de Mezger, que identifica acci3n con conducta humana. En ambas l3neas late una idea dinámica. La acci3n deriva de conducta o, al menos, de actuaci3n humana -voluntaria o involuntaria- a consecuencia de la cual se produce una mutaci3n exterior, un efecto que comporta el primer requisito para que la acci3n adjetivada en su caso por su condici3n de voluntaria o no, antijurídica o no, culpable o no, entre en la esfera penal como elemento causal u origen de delito.

En el seno del abordaje la acci3n, como la omisi3n, son presupuestos de determinaci3n del posible delito. El Capitán, patr3n o tripulante desarrolla una actividad actuando sobre los mandos del buque, e intencionada o negligentemente, provoca una colisi3n, lo que, analizada su conducta y establecida la relaci3n de causalidad, será punto de partida para determinar la existencia del delito. En otro sentido, el omisivo o negativo, la pasividad, el no hacer cumplir intencionada o negligentemente con las obligaciones que deben exigirse al técnico o tripulante, normalmente diligente, vendrá a constituir el mismo delito doloso o culposo, probada que sea la relaci3n de causalidad entre la conducta y el resultado dañoso.

¿Qué peculiaridad ofrece, por consiguiente, la teor3a de la acci3n en el abordaje? Creemos que, esencialmente, las siguientes:

a) La profesionalidad del actor y, en consecuencia autor del presunto delito.

b) La dificultad de determinar la relaci3n de causalidad.



a) La profesionalidad. -

La acción u omisión, lo serán de un técnico en navegación o tripulante enrolado. Esta circunstancia no tiene relevancia especial en el delito doloso, salvo la derivada de la especial conciencia sobre los resultados posibles. En el culposo presupone una violación de la obligación de conocimiento y pericia en el obrar, con especial trascendencia, ya reconocida como forma específica de agravación en caso de resultados gravemente lesivos en nuestro Código Penal (art. 565, párrafo 5º)

Esta "profesionalidad" no debe entenderse como "aggravante" en abstracto. El hecho de ostentar título o conocimientos no debe suponer una incidencia en la culpabilidad en sí mismo. Desde la sentencia del T.S. de 30 de septiembre de 1959 en relación al art. 565, la doctrina jurisprudencial viene recalcando que la "profesionalidad" debe referirse a la imprudencia concreta, a cada caso en particular. Por consiguiente, en el supuesto de abordaje, tendrá una consideración en lo referente a predeterminar una "diligencia debida" en el desarrollo de la función, lo cual comporta la exigibilidad de un "obrar técnico" consciente, que vinculará cada conducta causal de colisión a una apreciación pericial previa. Se tratará más de una medida de la actuación del profesional, que de una valoración meramente conductista de la acción. Esta apreciación previa ofrece la vertiente más peculiar de la acción causal de abordaje.

En efecto, el juzgador habrá de tener presente en la ver tiente culposa lo que, mucho más que la trascendencia del daño, delimita el delito: la culpa profesional. A lo largo de este estudio desarrollaremos una amplia interpretación del delito culposos de abordaje, fundamentalmente porque es el que en verdad existe y

abunda, dada la casi nula criminalidad dolosa en la materia. Y, en relación a este tipo de culpa; hay que decir que viene a manifestarse de dos formas. Como dice Rodriguez Devesa hay que distinguir entre "culpa del profesional", que es la imprudencia o negligencia comunes, "cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio" y la "culpa profesional", que descansa en la impericia. En todo momento habrá que graduar la maniobra, la adopción de medidas de previsión (v.gr. señales fónicas en caso de niebla), el debido y reglamentario empleo de luces, etc., observando no la conducta en el momento o instante, no la acción última aislada previa a la colisión, sino el obrar en términos amplios, pensando en la actuación profesional en sus diversas facetas, en el deber hacer pericialmente observado. Esta profesionalidad y la especial naturaleza del delito están tan vinculadas que vienen a respaldar, junto a otras muchas razones, quizás de forma más patente, la razón de ser de los Tribunales especiales con expertos en navegación.

El principio de legalidad, en este caso derivado de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante, hay que matizarlo aquí, pero no tanto con criterios metajurídicos y voluntaristas, cuanto con los específicamente derivados de la imputabilidad a un técnico náutico en el ejercicio de sus funciones, porque aún en la figura dolosa, el especial estatuto personal del Capitán y miembros de la dotación, las atribuciones, derechos y obligaciones de los mismos, imprimen un carácter especial a su conducta y actos del que no se puede prescindir en una teoría jurídica del delito de abordaje. Todas las vertientes aludidas nos obligan a pensar no en la acción en sentido amplio sino en la acción u omisión del profesional como causante o no de la colisión de buques.

b) La dificultad de determinar la relación de causalidad. -

Directamente ligado al anterior problema, se encuentra el de la conexión causa-efecto entre acción antijurídica y resultado colisión. La indagación de la causa es dificultosa en muchos casos.

La "serie causal", de la que habla Rodriguez Devesa es más compleja en este supuesto, hasta tal punto que la culpabilidad de ambos buques y el reparto proporcional en el sugragio de los daños sirve -en el orden civil, en el penal no cabe tipo alguno de compensación de culpas- a los arbitros de derecho privado para solucionar estos conflictos.

De los dos grupos de teorías que explican la relación de causalidad penal, las individualizadoras, y entre ellas la de la preponderancia de Beling, la de la condición más eficaz de Birkmeyer y la del impulso decisivo de Kobler; y las generalizadoras, entre las que se encuentra la de la equivalencia de condiciones o de la *condictio sine qua non*, de Von Buri y la de la causalidad adecuada, fundada por Ludwig Von Bar, no es posible determinar específicamente la que facilite más claramente una solución justa.

El juzgador deberá sopesar, Reglamento de abordajes en mano, la debida interpretación y aplicación de sus normas por ambos buques. La dificultad surgirá, a veces agudamente, para determinar cual fué la maniobra realmente efectuada o cual la omisión decisiva. Pero la mar no es una carretera donde los vehículos quedan y dejan huella y donde los testigos pueden ser factibles con independencia de criterio y sin interés en el litigio. De ahí la necesidad de apreciar con toda prudencia y restricción los actos presuntamente culposos.

He aquí la segunda característica que tipifica la acción penal en el abordaje: la dificultad para definir una acción como causal.

2) La antijuridicidad, en el abordaje. -

Es antijuridico, equivale a "injusto" o "ilícito", desprovisto estos elementos de su sentido moral, por cuanto la naturaleza de la antijuridicidad es fundamentalmente objetiva, siendo indiferentes "prima facie" los motivos, fines y condiciones personales del agente en el obrar.

Como uno de los caracteres del delito -"elementos", en la terminología tradicional" fué incorporado por Binding, quien lo tomó del derecho natural. La doctrina italiana, en parte (v.gr. Carne lutti, Battaglini y Antolisei) lo ha venido considerando superfluo.

En Alemania se ha incorporado más claramente, aunque discutiendo su asimilación a lo injusto (Mezger) o su autonomía (Welzel).

En torno a la antijuridicidad se plantean, no obstante, teorías subjetivas (3) que hacen depender la misma de la imputabilidad, de modo que únicamente podría realizar lo injusto el imputable en su conducta.

Respecto del abordaje hay dos puntos de vista a analizar:

a) -Lo antijuridico surgirá -dolosa o culposamente- tanto de la acción como de la omisión y consecuentemente de la denominada comisión por omisión.

-----  
(3) v.gr. Merkel, que considera la imputabilidad esencial para la determinación del injusto. En el mismo sentido Binding y Kphlrauseh.

b) - El bien jurídico alterado tiene dos vertientes:

- Afectación a un patrimonio o varios, por daños derivados de la colisión.

- Afectación a una obligación o deber especial -profesional- de diligencia del técnico náutico, que comporta la posibilidad de que exista peligrosidad en la navegación y en la seguridad de la vida humana en la mar.

a) Sánchez Tejerina (4) fue posiblemente pionero en la clasificación de los delitos de omisión, distinguiendo entre simple omisión o desobediencias a mandato exigible y comisión por omisión, donde se integran los hechos criminales derivados de una abstención en el obrar. No parece que exista una gran trascendencia en esta clasificación a la luz de las nuevas doctrinas penales, cada vez más cerca de los elementos morales y voluntaristas del delito, de la intensidad en lo doloso, y cada vez más cerca también de la especialización y caracterización autónoma de cada caso, en los delitos culposos, huyendo de la generalidad del "crimen culpae".

En el abordaje debe partirse de que, por la propia naturaleza del mismo, precisa su sentido en el cumplimiento de las normas reglamentarias que rigen la navegación. La omisión, la abstención en la consumación de la "acción necesaria", de la "acción obligada" o de la "acción esperada", a la que aludía Mezguer (5), tiene tanta trascendencia antijurídicamente como la acción. En la práctica, la proyección real de lo omisivo, particularmente en lo culposo es esencial.

---

(4) Edmundo Mezger: "Tratado de Derecho Penal", págs. 280 y sgs. Madrid, 1946.

(5) Edmundo Mezguer: "Tratado de Derecho Penal", Madrid, 1946.

b) Doble vertiente del bien jurídico alterado. -

Existe una doble forma de manifestación en el bien tutelado por las normas de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante, reguladoras del abordaje. Individualmente, privamente, se protege un patrimonio, representado por el buque, la carga y todos los intereses participantes en la empresa de navegación. En este punto se manifiesta como cualquier tipo de delito de daños. En un segundo aspecto, las normas tutelan el debido cumplimiento de sus obligaciones por el técnico náutico, tratando de velar por la correcta navegación y por la seguridad de la vida humana en la mar. Ello tiene una consecuencia especial en el ámbito de la punibilidad, establecida en dicotomía por los artículos 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, al posibilitar que la pena aplicable sea privativa de libertad, o, en el caso culposo -supuesto en que puede surgir la apreciación de la impericia y de la "peligrosidad" en su actuación por parte del Capitán, Piloto, etc.- que consista en la inhabilitación para mandos de buques del autor del delito.

3) La tipicidad en el abordaje. -

Para Maurach, la tipicidad es la previsión abstracta del delito, mientras que la antijuridicidad es la concreción al caso dado, cuando no exista causa de justificación. El legalismo predominante realza la trascendencia de la tipicidad que pasa a ser relevante, aunque no tenga lo típico una autonomía cierta, al estar supeditado a la antijuridicidad. En este sentido, Rodríguez Devesa los funde, estudiando "la antijuridicidad tipificada", e identificando lo antijurídico en lo "injusto típico". El tipo no es más que el

conjunto de requisitos o características que la ley exige para considerar existente el delito; esto, al menos, es el tipo legal que es el que en definitiva trasciende, por cuanto el tipo del delito en abstracto tiene un mero significado dogmático. Al hablar de típico lo haremos por tanto de la mano del principio de legalidad. Otra forma de enfoque nos parece poco lógica. Ahora bien, todo ello en el campo del ser, no del "deber ser". El estudio del abordaje en el aspecto penal lo haremos analíticamente en su momento con la parte de este trabajo dedicado a su aspecto doloso y sobre todo al culposo que es el que de hecho existe y plantea problemas. En este momento sólo miramos a los "tipos" para la caracterización del delito.

Cabe distinguir 4 tipos, a la luz de los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, a saber: abordaje doloso en la mar; doloso en puerto; culposo en la mar y culposo en el puerto (6).

¿Cuál es la razón de la distinción por razón del lugar? Dolosamente ninguna, lo que comporta que no existan diferencias de penalidad (de presidio mayor a reclusión menor). Sin embargo,

-----

- (6) Arts. 59 y 60.- El abordaje, el naufragio o la destrucción de un buque realizado intencionadamente en la mar, aun con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión mayor.- Si el delito se cometiese por grave negligencia o imprudencia, la pena será de arresto mayor a prisión menor e inhabilitación para mandos de buques.

El abordaje, naufragio o destrucción de un buque causado intencionadamente en puerto, aún con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión menor.

Si el delito se cometiera por grave negligencia o imprudencia, la pena será de arresto mayor o inhabilitación para mandos de buques hasta dos años.

en lo culposo, se establece una distinción en las penas, que son de arresto mayor a prisión menor o inhabilitación para mandos de buques, cuando sea en la mar; y arresto mayor o inhabilitación para mandos de buques hasta dos años, cuando sea en puerto. La razón de ser de la distinción estriba en que la posibilidad de accidente en puerto es mucho mayor y la medida de la diligencia ha de ser distinta al ser más delicada y dificultosa la maniobra lo que determina circunstancialmente que, aún extremando el cuidado y la prudencia y con demostrada pericia, sea más probable la colisión.

En cualquier caso son cuestiones de matiz, por cuanto al exigirse gravedad en la negligencia o imprudencia ya se parte de descartar del tipo la simple falta de diligencia. Aún así la Ley ha pretendido pormenorizar.

4) La culpabilidad (remisión a otro lugar). -

Su estudio se desarrollará extensamente en el seno de los apartados dedicados al abordaje doloso y a la negligencia e imprudencia en el abordaje.

5) La punibilidad. -

Dos puntos llaman la atención en lo que se refiere a las penas aplicables en las diversas modalidades de abordaje en nuestro derecho.

-) De un lado la extensión dada a las penas, con amplio margen para el arbitrio judicial. El abordaje puede ser castigado de arresto mayor a reclusión mayor, estando en la prisión menor el límite entre el culposo y el doloso. Este margen indica que el



legislador presume la enorme amplitud necesaria para calibrar la gravedad de la imprudencia o la trascendencia de la intencionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, gravedad del resultado dañoso, particularidades de las disposiciones reglamentarias violadas, responsabilidad exigible al infractor conforme a su titulación nautica y puesto a bordo y todo el conjunto de variables que de una manera o de otra afecten a la calificación. El punto de vista del resultado es tangencial e irrelevante, de derecho. De hecho, sin embargo, nunca puede ser marginado teniendo en cuenta la naturaleza del delito.

-) En un segundo aspecto, llama la atención la pena especial de inhabilitación para mandos de buques, que puede imponerse alternativamente en vez de la privativa de libertad; pena de rara aplicación en la práctica porque su razón de ser estriba en la apreciación de una caracterizada peligrosidad en el ejercicio de sus funciones por parte del técnico de navegación. Determinar cuando se produce ese grado de peligrosidad es muy problemático. No creemos que este tipo de pena tenga carácter intimidativo más que indirectamente. Quizás, sin embargo, en esta afirmación, partimos de la poca frecuencia con que se impone en la Jurisdicción de Marina. Creemos, no obstante, que no la tiene en sentido amplio; porque las privativas de libertad también se anotan en la documentación del Capitán, Piloto u Oficial de la Marina Mercante y su eficacia, actuando sobre la contratación o no del nautico puede llegar en algún supuesto a ser equivalente a la inhabilitación.

Y también, por qué no decirlo, aunque pequemos de superficiales, hace ya muchos años que en nuestro país no se puede prescindir así como así de nuestros oficiales de la Marina Mercante aunque no sean en algún caso modelo de competencia. La actual estruc-

tura de la profesión hace que la demanda no esté plenamente cubierta y la legislación tampoco puede estar de espaldas a este problema. Pero, es más, el juicio sobre una conducta técnica tampoco debe llegar por sutilezas aisladas a romper una carrera llena de sacrificios, dura como la que más y no del todo respaldada por una dignidad plena, económica y socialmente.

Al juzgar al hombre de mar hay que considerar no sólo los datos aislados, sino también el conjunto del marco en que se desenvuelve. No estamos diciendo que la Ley penal vaya a supeditarse a razones administrativas, laborales y hasta personales. Debe aplicarse siempre en toda su rigidez, pero debe interpretarse también con toda esa serie de elementos subjetivos y de hecho que rodean todo delito y más el que analizamos aquí. Otra cosa sería negar la existencia de la política criminal, lo que sería tanto como dejar sin pulso al Derecho penal.

II) Elementos del delito de abordaje (7). -

Por las razones expresadas en la nota, sólo tratamos aquí de los puntos de partida conceptuales sobre sujetos, objeto y circunstancias del delito, dado que son objeto de estudio en otros epígrafes del trabajo.

a) El sujeto activo.

Es quien realiza la acción descrita en el tipo delictivo. Examinando los ya citados artículos 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante puede decirse, en relación a las personas individuales, que pueden ser sujetos, que no se establecen distingos "prima facie". En los cuatro tipos (doloso en la mar y en puerto, culposo en la mar y en puerto) no se dice "el capitán". Ahora bien, en los apartados segundos, referentes al ámbito culposo en estos artículos, se establece que con grave negligencia o imprudencia, el delito se castigará con arresto mayor a prisión menor o inhabilitación para mandos de buques. Ciertamente esta pena sólo podrá imponerse al posible titular del mando:

-----

- (7) El presente apartado, en todo lo referente a sujeto activo ha sido tratado de forma pormenorizada en el estudio de las "Clasificaciones del abordaje", al referirnos a las que se derivan del causante del mismo (Capitán, Patrón, Práctico, etc.). Del mismo modo la influencia de las circunstancias de lugar son objeto de tratamiento -infra- en "El concepto de abordaje", al comienzo del trabajo. Asimismo, las peculiaridades de fuerza mayor, abordaje múltiple y sucesivo, en "Clasificaciones del abordaje". Todo ello, además de los puntos dedicados a los elementos al referirnos al "Abordaje doloso", "La negligencia en el abordaje" y "La imprudencia en el abordaje".

Por estas razones de sistemática, en este lugar verificamos sólo referencias generales sobre los distintos problemas, brevemente esbozados por la forzada remisión a los epígrafes indicados.

Capitán o quien haga sus veces. ¿Quiere ello decir que sólo el Capitán o el técnico náutico a cargo del mando pueden ser sujetos activos del delito? Creemos que no. El delito podrá ser imputado en ciertos casos, a miembros de la dotación que verifiquen ciertas funciones, en algún supuesto al práctico, al oficial de guardia en el puente en el momento de la colisión, incluso al timonel. Ahora bien, lo que ocurre es que ello no es obstáculo para que el Capitán pueda quedar asimismo inculpado, entre otras cosas porque no podemos olvidar el principio de unidad de mando a bordo y la obligada supervisión, por el Capitán, de rumbos y de todo tipo de maniobra previsible, así como sobre el estado de los organos, materiales, luces y demás elementos del buque que pueden ser causa de la colisión. Pero el delito, en sus dos formas, puede ser imputado a cualquiera, sin que se precise condición alguna sobre culpabilidad y abstracción hecha de la existencia de intrusismo en funciones o cualquier otra circunstancia.

Lo que ocurre es que podríamos aquí hablar de un sujeto típico en el que básicamente está pensando la Ley, que es el Capitán, y otros sujetos normalmente ajenos al hecho del abordaje pero que son plenamente susceptibles de ser perseguidos como autores del delito, caso de existir culpabilidad. Otra cosa sería dejar el delito de abordaje para el Capitán y el de imprudencia punible del art. 565 del Código Penal para el resto de presuntos autores y ello no lo consideramos lógico. Como en otros lugares decimos, por razón de ser tipos distintos, el art. 565 podrá ser aplicado en todo caso, pero paralelamente, con los presupuestos que establecen, también pensamos que son siempre aplicables los preceptos de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante

sobre abordaje; porque precisamente en los tipos de los arts. 59 y 60 de la LPDMMer no se establece nada en contrario (8).

También entendemos, por supuesto, que estas normas se aplican a los patrones y miembros de las dotaciones de los pesqueros en el abordaje entre pesquero y mercante o entre pesqueros solamente. Esta aplicabilidad queda fuera de toda duda, no sólo en las normas sobre abordaje, sino también en el resto de las incluidas en la LPDMMer. Ello se deduce de las disposiciones adicionales de la misma que se refieren a la condición de oficial del patrón de cabotaje o pesca y que hablan de nave y embarcación. Así mismo, la Ley a lo largo de las disposiciones generales y de todo su contenido, viene a indicar prácticamente que el término "marina mercante" ha de emplearse en sentido amplio y abstracto; en parte la ley es una Ley penal y disciplinaria de la navegación por mar.

-----

- (8) En cierto modo se aproxima a esta postura José María Garibi ("El siniestro de colisión náutica en la practica marítima", Madrid, 1958).

Más en desacuerdo con nuestras observaciones está Orcasitas, quien afirma en su trabajo "Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante", Madrid, 1961, pág. 58 lo siguiente:

"Efectivamente, tanto en el artículo 59 como en el 60 se habla del abordaje intencional y del culposo sin personalizar cuál sea su sujeto activo. Para nosotros, como ya dijimos en anteriores comentarios sobre el abordaje, sólo puede ser sujeto activo de este delito el mando del buque, esto es, el Capitán o quien haga sus veces, abstracción hecha de sí, en el momento de la colisión, la persona que ejerciera dicho mando estaba facultada para ello o se encontraba legal o irregularmente sustituida.

Ahora bien, con independencia de que la persona que ejerza el mando en el momento del accidente se halle o no legalmente en el ejercicio de sus funciones, vamos a considerar

brevemente ciertos casos en los que puede plantearse la cuestión de discriminar qué circunstancias, entre las concurrentes al siniestro, pueden ser atribuidas plenamente al Capitán o no deben imputársele a efectos de su responsabilidad penal. Estos casos derivan de actos realizados por la tripulación, producidos por defectos en el material y procedentes de fuerza mayor.

En el primer supuesto, si el acto del tripulante fuera delictivo, y así se declarara, exoneraría de culpa al Capitán. Si, por el contrario, dicho acto no fuese delictivo, respondería de él el Capitán, ya que las responsabilidades de éste se corresponden con sus facultades como jefe de la nave de hacerse obedecer por la tripulación, sin que en ningún caso pueda imponérsele tripulante alguno sin su consentimiento".

-----

b) El sujeto pasivo. -

Sujeto pasivo es el titular del interés jurídicamente tutelado por la norma. Ha de ser persona natural o jurídica. Por ello, en el abordaje, como modalidad de delito de daños podría decirse que puede haber dos tipos de sujetos pasivos.

- ) Las personas que sufren muerte o lesiones a consecuencia del accidente.
- ) Los interesados a título de dominio, explotación o cualquier otro en los buques, cargas, etc. (9)

La nueva ley especial, de 22 de diciembre de 1.955 ha suprimido la agravante específica derivada del resultado de muerte o lesiones graves. La exposición de motivos lo justifica porque "si concurriera el dolo específico de privar de la vida a un semejante, aparecería la figura delictiva del asesinato, sancionada en las leyes comunes".

- 
- (9) En contra de esta distinción, Orcasitas, ob. cit., sobre la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, que dice:

"Como quiera que el delito de abordaje es fundamentalmente un delito de daños, no suele existir sujeto pasivo del mismo; pero a veces el abordaje trae consigo una secuela de lesiones, desaparición o muerte de personas, y entonces surge el citado sujeto pasivo, entendiendo como tal las víctimas o personas que sufren directamente los efectos del hecho delictivo.

En el Código Penal, el sujeto pasivo en los delitos contra las personas suele tener gran influencia, unas veces sobre la cuantía de la pena (gravedad de las lesiones), otras sobre la misma calificación de los hechos (parricidio, infanticidio, violación, etc.), y lo mismo ocurría en la antigua Ley Penal de la Marina Mercante, donde la concurrencia en el abordaje de ciertas circunstancias de muerte o lesión en las personas agravaba la pena establecida para las diversas formas bajo las cuales el accidente se pudiese presentar.

No parece correcta, desde luego, la referencia al asesinato porque ello da por sentado que concurrirán en el abordaje doloso alguna de las circunstancias que tipifican dicho delito conforme al art. 406 del Código Penal, pero independientemente de lo desafortunado de la redacción de la Exporsición de Motivos, el problema no radica tanto en el sector doloso como en el culposo, por la tan repetida práctica inexistencia del abordaje doloso en general y por la casi inimaginable del abordaje con ánimo de matar, salvo que retrocedamos a las glorias de Lepanto o a la figura de Drake.

Situandonos en el ángulo culposo, cierta doctrina, v.gr. Orcasitas, dice que si sobreviene muerte o lesiones de personas, ello obligaría al juzgador a penar por separado los delitos de abordaje y lesiones, con la consiguiente complicación inherente al uso simultáneo de dos Cuerpos legales punitivos y una mayor agravación de la pena, para el sujeto activo que, empleando el tradicional sistema (sic), pues no puede entenderse que la circunstancia de causar la muerte o lesiones de una o varias personas con ocasión de un abordaje, haya querido ser subsumida por el legislador en el propio accidente, sin agravación alguna derivada de este hecho.

En este punto no estamos de acuerdo, en absoluto, con esta doctrina. En contra, entendemos:

1º) Que en el abordaje culposo, como en la imprudencia punible común, existe una extensión o margen en la punibilidad, que permite perfectamente la posibilidad de establecer diversos grados de responsabilidad, ya por la magnitud de la negligencia o imprudencia, ya por razón del resultado dañoso causado, por grave que este sea.



2º) Independientemente de ello, no hay que irse a varios cuerpos legales, porque el juez tiene en el Código Penal la analítica figura -relativo cajón sastre- del artículo 565, donde son encuadrables todos los abordajes culposos que se deseen, cualquiera que sea su resultado con o sin muerte y lesiones graves; y no hay, que sepamos, ninguna norma que afirme que el art. 565 ha sido derogado para hechos que ocurran en la mar. Si el legislador de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante quiso realizar esa derogación creemos que ni en el contenido, ni en el sentido, ni en la literalidad de los preceptos lo ha conseguido. La jurisprudencia no abunda en el punto debatido que será vuelto a tratar de nuevo y más extensamente -nos parece trascendental este problema- en los epígrafes sobre el abordaje culposo. Aún así; nuestra postura, que mantendremos a lo largo de estos escritos queda planteada en el "sí" al art. 565 y, en casos como el aquí planteado, "si, ad abundantiam", al criterio del juzgador.

3º) En conclusión, creemos aplicables los arts. 59 y 60 o, si el Juez lo considera adecuado, el art. 565 del Código Penal, cuando a resultas del abordaje culposo se produzca cualquier resultado, incluidos la muerte y lesiones graves.

4º) Todo ello como análisis del Derecho español vigente. Como ya hemos tratado y volveremos ulteriormente a puntualizar. Es posible que dogmáticamente el "crimen culpae" no sea admisible, pero nunca podemos poner en tela de juicio ni el estricto tenor de los apartados del art. 565 ni la extensísima jurisprudencia sobre la imprudencia.

Con tales presupuestos, mantenemos la postura expuesta que será objeto de nuevos enfoques en su momento.

c) Objeto material, objeto jurídico y circunstancia de lugar.

Objeto material de un delito es la persona o cosa sobre la cual recae la acción del delito (10). En este sentido lo será el buque con el que tiene lugar la colisión (11). Objeto jurídico será el bien jurídico tutelado por los tipos penales del abordaje. Se protege de una parte la seguridad de la vida humana en la mar y de otra los patrimonios afectados, como en todo tipo de delito de daños.

Por último la circunstancia del lugar ha sido objeto de tratamiento al exponer nuestros puntos de vista sobre el "concepto de abordaje", a los cuales nos remitimos.

-----

(10) Así lo define R. Devesa, ob.cit. pág. 331.

(11) Sobre lo que ha de entenderse por buque y, en consecuencia, objeto material, véase infra "El concepto de abordaje".

IV

EL ABORDAJE COMO DELITO DOLOSO. -

- ) Consideraciones generales.
- ) El dolo en el abordaje.
- ) Clases de dolo y su proyección sobre el hecho del abordaje.

#### IV

### EL ABORDAJE COMO DELITO DOLOSO

#### Consideraciones generales. -

Es evidente que el abordaje doloso, forma específica de delito de daños no suele plantear problema alguno, salvo el de prueba de la intencionalidad. De otro lado es casi inexistente. En la práctica, difícilmente encontraremos sentencias al respecto y, ca si siempre, los tipos en que se clasifica, no suelen encontrar encuadramiento respecto de hechos concretos, dado que en algunos casos frecuentes de aconchamiento entre pesqueros debidos a dificultades recíprocamente provocadas entre sí para llegar con anterioridad a un banco de pesca, conjuntamente descubierto, no se encuentra verdaderamente el tipo de referencia. También son frecuentes las simulaciones de naufragio, con la anuencia del propietario o armador para determinar la inutilidad o venta forzosa del buque, normalmente en perjuicio de aseguradores. Incluso conductas paralelas están tipificadas como delictivas en la sección primera del Capítulo VI de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, que estudia la "baratería y fraudes", excediendo también del ámbito del abordaje y naufragio dolosos.

Por consiguiente, es realmente difícil que se produzcan los presupuestos del abordaje doloso, cuya dogmática general es en verdad sencilla, por lo que su tratamiento lo realizaremos brevemente, teniendo en cuenta el hecho de que en la práctica, como decimos, no se suele presentar, particularmente en un tiempo en que las legislaciones hacen soportar a cada buque sus propios daños y entendiendo que la intención del autor del delito estaría

normalmente en la obtención de beneficios, bajo aparentes pruebas de que el abordaje era fortuito o dudoso. Sólo quedan por tanto los accidentes simulados en perjuicio de aseguradores, que entrarían a veces, como hemos afirmado, en el ámbito de los delitos del Capítulo VI de la Ley.

Los artículos 59 y 60 en sus párrafos primeros analizan dos formas de abordaje intencionado, distinguidas en razón al lugar de comisión:

Art. 59, párrafo 1º.- El abordaje, el naufragio o la destrucción de un buque realizado intencionadamente en la mar, aún con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión mayor.

Art. 60, párrafo 1º.- El abordaje, naufragio o destrucción de un buque causado intencionadamente en puerto, aún con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión menor.

De la lectura de los mismos se deducen dos únicos requisitos para tipificar el delito: la intencionalidad y el resultado de colisión. Este último, consecuencia inherente al hecho del abordaje.

Asimismo, viene a establecer que es indiferente para la existencia del delito que exista anuencia o no del propietario o armador (1) en la realización de los actos que provoquen el abordaje; de donde se infiera que no son tantos los daños y perjuicios a causar, como el deseo de percibir las primas del seguro.

-----

(1) Obsérvese, como la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante distingue tácitamente entre propietario y armador; lo que comporta reconocimiento en abstracto del armador no propietario. Sobre este punto se verificarán alusiones en otros lugares de este estudio.

### El dolo en el abordaje.-

Obra dolosamente "el que sabe lo que hace y quiere hacerlo", como descriptivamente define el profesor Rodriguez Devesa (2), encuadrando los elementos intencional y volitivo. La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante subroga el requisito de la intencionalidad, integrando la volición en los presupuestos de hecho de cada caso. Será preciso, siguiendo a dicho autor, para configurar la intencionalidad que concurra:

1) Un conocimiento de los hechos relativos a la acción; que se dará, cuando se tenga certeza de la existencia del buque a abordar y se provea a orientar la navegación a la provocación de la colisión.

2) Un conocimiento de la significación de la acción, que proyectado sobre el abordaje se basará en la conciencia de la posible producción de daños o en su caso, de lesiones.

3) Por último al elemento volitivo, derivado de la resolución de la acción voluntariamente realizada, dirigida a la producción del hecho.

### Clases de dolo y su proyección en el abordaje.-

De las diversas clasificaciones de dolo, tomamos la división generalmente admitida hoy por la doctrina penal, en directo

---

(2) Rodriguez Devesa; "Derecho Penal Español", Parte general, págs. 373 y sigs; segunda edición; Madrid, 1.971.

y eventual. Dolo directo es el incondicionado o lo que es lo mismo, cuando el resultado es perseguido intencionadamente por el sujeto, que conoce se producirán con su acción uno o varios efectos concretos inevitables, aunque él busque uno sólo en concreto. Dolo eventual, es aquél en que el sujeto piensa el resultado solamente como posible o probable.

Pues bien, entendemos, como en general la doctrina que ha estudiado este punto (3), que los artículos 59 y 60 de la Ley, en sus párrafos primeros, piensan exclusivamente en el supuesto de dolo directo, entendido este como intencionalidad y volición del resultado de abordaje, independientemente de las consecuencias sobrevenidas. Es decir, respecto del abordaje en sí, se requiere esa inmediatividad en la intención, debe perseguirse el resultado de colisión. La eventualidad en el dolo no puede darse, dado que la ley la absorbe en la consideración delictiva culposa, exigiendo precisamente "gravedad" en la negligencia o imprudencia causal, de donde se deduce que los grados de culpa que lindan con las fronteras del dolo eventual son "prima facie" los que exigen las modalidades culposas del delito, lo que hace que en este caso se haya incluso querido atraer hacia la culpa las conductas no necesariamente dolosas o claramente intencionadas.

- 
- (3) V. gr. Orcasitas, en "Nueva Legislación de Abordajes", página 43 y 44, afirma:

Pero lo que si se ofrece ya a la duda es la consideración de si el dolo eventual puede considerarse incluido en la temeridad o es, por el contrario, elemento constitutivo de la intención maliciosa de los artículos 51 y 53 de la Ley.

Sabido es que en el dolo eventual el agente ha previsto las consecuencias dañosas de su acto, y sin embargo, no se abstie-

y eventual. Dolo directo es el incondicionado o lo que es lo mismo, cuando el resultado es perseguido intencionadamente por el sujeto, que conoce se producirán con su acción uno o varios efectos concretos inevitables, aunque el busque uno sólo en concreto. Dolo eventual, es aquél en que el sujeto piensa el resultado solamente como posible o probable.

Puen bien, entendemos, como en general la doctrina que ha estudiado este punto (3), que los artículos 59 y 60 de la Ley,, en sus párrafos primeros, piensan exclusivamente en el supuesto de dolo directo, entendido este como intencionalidad y volición del resultado de abordaje, independientemente de las consecuencias sobrevenidas. Es decir, respecto del abordaje en sí, se requiere esa inmediatividad en la intención, debe perseguirse el resultado de colisión. La eventualidad en el dolo no puede darse, dado que la ley la absorbe en la consideración delictiva culposa, exigiendo precisamente "gravedad" en la negligencia o imprudencia causal, de donde se deduce que los grados de culpa que lindan con las fronteras del dolo eventual son "prima facie" los que exigen las modalidades culposas del delito, lo que hace que en este caso se haya incluso querido atraer hacia la culpa las conductas no necesariamente dolosas o claramente intencionadas.

- 
- (3) V. gr. Orcasitas, en "Nueva Legislación de Abordajes", página 43 y 44, afirma:

Pero lo que si se ofrece ya a la duda es la consideración de si el dolo eventual puede considerarse incluído en la temeridad o es, por el contrario, elemento constitutivo de la intención maliciosa de los artículos 51 y 53 de la Ley.

Sabido es que en el dolo eventual el agente ha previsto las consecuencias dañosas de su acto, y sin embargo, no se abstie-



ne de realizarlo, estimando que con su pericia o habilidad podrá conseguir que el daño no tenga lugar. Es decir, no busca el daño, pero la posibilidad de que se produzca le impulsa a abstenerse de realizar el acto.

Pondremos un ejemplo en el orden marítimo: todo marino sabe que en tiempo de niebla debe navegarse a marcha moderada. Sin embargo, un Capitán de buque navega en tal tiempo, por las razones que fueran, a una velocidad excesiva. Sabe que el abordaje puede sobrevenir, más espera que por tratarse de parajes poco frecuentados, por su habilidad o por los medios técnicos con que cuenta, el accidente no se producirá. Pues bien, si luego ocurre, este Capitán habría obrado con dolo eventual.

Casi todos los penalistas se niegan a admitir que habiendo existido en el agente la representación imaginativa de los posibles daños el delito pueda considerarse como simplemente culposo. Sin embargo, a la vista de lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la Ley Penal de la Marina Mercante se hace difícil encajar esta figura en el abordaje intencionado a que dichos preceptos se refieren.

Y la razón es clara; la intención a que en ellos se alude es, indudablemente, la intención maliciosa, cuya concurrencia excluiría la imprudencia o negligencia del acto según dispone el artículo 565 del Código y, en consecuencia, se convertiría inmediatamente en dolo; en tanto que la intención del Capitán del buque, en el supuesto antes relatado, no va directamente encaminada al evento prohibido (abordaje), sino a la desobediencia más o menos temeraria de las reglas de navegación.

A nuestro entender, los dos requisitos de temeridad o negligencia exigidos por nuestra Ley Penal de la Marina Mercante para el abordaje culposo no tienen, como en términos generales dice Quintano Ripollés, más que una diferencia puramente cuantitativa y ambos se refieren a la inobservancia o desacato de las reglas prevenidas para navegar, por lo que en cada caso serán los Tribunales los encargados de apreciar si esta inobservancia es temeraria o simplemente negligente.

-----

Queda claro un ejemplo bien palpable para ser esgrimido en favor de la tesis de Rodriguez Muñoz, Ferrer Sama, Puig Peña y Rodriguez Devesa; en el sentido de que en nuestro derecho el dolo eventual debe ser encuadrado como imprudencia temeraria, partiendo de la delimitación que de la voluntariedad se hace en el párrafo tercero del art. 1º del Código Penal.

Por último, la punibilidad de los delitos doloso y culposos de abordaje en la Ley especial, al establecerse en márgenes muy amplios en cuanto a los grados (presidio mayor a reclusión menor en el abordaje doloso; y arresto mayor a prisión menor o inhabilitación para mandos de buques en el culposos) hace que el Juez pueda graduar ampliamente las situaciones de temeridad mayor o menor en la imprudencia, por lo que bastará con aplicar el grado máximo de la prisión menor en la frontera del dolo eventual, lo que desde el punto de vista práctico justifica aún más la tesis expuesta.

V

EL ABORDAJE COMO DELITO CULPOSO

I El delito culposo de abordaje.- Cuestión previa: Delimitación dogmático jurídica de su existencia.

II Nacimiento del delito culposo de abordaje.

III La Negligencia grave en el abordaje: Generalidades.

A) La Negligencia grave

- a) Culpa penal y culpa civil
- b) Concepto de negligencia grave
- c) Criterios que caracterizan la culpa en el abordaje en Derecho comparado. Necesidad de acudir al concento civil de culpa. Grupos a considerar:
  - 1) Anglo-americano
  - 2) Francés
  - 3) Alemán
  - 4) Holandés
  - 5) Particularidades de los sistemas finlandés, sueco noruego, israelí, griego y argentino. Correlación con los problemas de competencia.

d) Conclusiones del análisis comparativo.

B) La Negligencia grave en el Derecho y Jurisprudencia españoles en torno al abordaje culposo, como delito

- a) Introducción
- b) Los criterios jurisprudenciales sobre negligencia grave, en abordaje, en las Sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar.

- c) Las sentencias sobre negligencia grave, en abordaje, dadas en nuestros Consejos de Guerra.
- d) Conclusiones básicas del estudio jurisprudencial y de las sentencias de nuestros Consejos de Guerra  
Crítica y justificación de los criterios de culpa y negligencia grave.

V

EL ABORDAJE COMO DELITO CULPOSO

I.- El delito culposo de abordaje.- Cuestión previa: Delimita-dogmático-jurídica de su existencia.

El hecho de que desde el Código Penal de 1.848 el legislador español haya optado por la autonomía del delito culposo y su consideración tipológica en el seno del Libro II, del Código Penal (C.P.), tratándole como delito en particular, como "crimen cul-pae", da una apariencia singular a todo tipo de incriminaciones caracterizadas por la avoluntariedad en abstracto. El Tribunal Supremo absorbe el nuevo enfoque y en constante doctrina jurisprudencial abandona los criterios clásicos que le hacían insistir en las denominaciones que usaban la culpa como calificativo del delito en sí, tales como "homicidio culposo" o "lesiones culposas", para pasar a utilizar los de "delito de imprudencia con resultado de muerte, lesiones, etc."

Contra una muy calificada doctrina española, representada por Jiménez de Asua, Quintano Ripollés, Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, etc., el T.S. mantiene este criterio. En el fondo, no se hace sino expresar una interpretación estricta de la "mens legislatoris" y del derecho positivo vigente y debe admitirse, ante la profusión muy mayoritaria de las infracciones culposas, la consiguiente necesidad de su parcelación de la que son claros ejemplos la legislación penal sobre vehículos de motor y la normativa sancionadora sobre Marina Mercante o Navegación aérea.

Lo discutible, es claro, no es la incriminación de conductas culposas o imprudentes, sino su consideración general de-

lictiva, desde el punto de vista dogmático. En este sentido afirma Quintano: "Lo que es una manera de delinquir no puede sin más constituir un delito y hablar de un delito de imprudencia o culpa, es tan incorrecto y hasta tan absurdo como referirse a un delito de dolo". (1)

En relación con el estudio del Derecho penal en materia de abordaje, la proyección del criterio de aislamiento típico en el delito de imprudencia punible (art. 565, título XIV, Libro II del C.P.), nos presenta una innovación a la manera clásica. La legislación especial nos va a hablar de delitos contra la integridad del buque y, entre ellos del delito de abordaje "que se cometiese por grave negligencia o imprudencia" (2). Observemos que no se nos muestra textualmente como un delito de imprudencia con resultado de abordaje, sino como un ente delictivo autónomo, calificado en una de sus tipologías de comisión, por la existencia de imprudencia o, en su caso de negligencia grave.

Puede pensarse que el legislador no ha tomado aquí el criterio legal de la imprudencia del art. 565 del C.P., sino la idea genuina de culpa calificadora de conductas y que no nos muestra un delito de imprudencia relacionado a un resultado objetivo, sino un delito típico, específico, autónomo que puede consumarse, entre otras formas, cuando existe un obrar conductista imprudente del sujeto activo. Esta deducción sólo tendría un alcance limitado y dos primeras consecuencias:

-----

(1) Quintano Ripollés; "Derecho Penal de la culpa", págs. 18 y sigs.

(2) Art. 59, párrafo 2º y )  
Art. 60, párrafo 2º ) de la L.P. Dº. de la Mar. Merc.

1º) La posibilidad de acuñar una idea específica de imprudencia en el abordaje, deslindada de la delimitación del art. 565 del C.P.,

2º) La consiguiente existencia del delito de abordaje culposo, con sus características peculiares que obligaría a acudir, en cada caso concreto, a un estudio aislado de la imprudencia causante.

Estas dos premisas han de ser paliadas en sus justos términos. Supondrían, de una parte, la consideración de una imprudencia "sui generis", que aumentaría en este, como en muchos otros casos, las ya extensas y hasta cierto punto inútiles clasificaciones en materia de culpa; y de otra parte, una dogmática general sobre el abordaje culposo en el que, antes que nada, debemos resaltar que sería imposible acuñar una vestidura suficiente que abarcara las infinitas facetas -en muchos casos indeslindables nítidamente, por inexistencia o parcial relación de pruebas- del abordaje, como hecho del que surge un presunto delito.

Sin embargo, un estudio del Derecho español en la materia necesita siempre plantearse puntos de partida. Las dos premisas citadas serían parte de esos puntos.

#### NACIMIENTO DEL DELITO CULPOSO DE ABORDAJE

Como ya hemos advertido, admitimos la peligrosidad de la definición, en este como en todos los campos del Derecho, más aún, si -como en este caso- la legislación general, especial, internacional convencional o reglamentaria no nos da conceptos del abordaje en general, que puedan configurar los con el relacionados (3)

-----

Es por ello que sin ánimo de conceptuar, sino más bien de describir, queremos partir de una previa noción del delito culposo de abordaje, al que entendemos como "acción u omisión por negligencia grave, imprudencia o impericia, de quien tenga a su cargo la dirección de un buque o de otro miembro de la dotación del mismo, acaecida en aguas marítimas o interiores, a consecuencia de la cual se produzca colisión con otro buque, con resultado dañoso".

En principio, de esta descripción, y, en orden al desarrollo del presente epígrafe, nos interesa destacar que el abordaje como delito culposo no se califica sino cuando existen los requisitos de negligencia grave, imprudencia o impericia, se produce colisión con otro buque y de la misma resulta un resultado dañoso.

Puede llamar la atención que hablemos de resultado dañoso como característica del delito en el aspecto analizado. Pien-  
sese que el abordaje culposo parte de la no voluntariedad de la acción u omisión y que su persecución no tendría sentido sin resultado concreto, de daños, advirtiéndose que, en el fondo, el hecho de la colisión, como mero accidente, sin consecuencias concretas, es casi inimaginable; pero en tal supuesto da la impresión de que sería más lógico calificar la imprudencia reglamentaria como infracción de las medidas de seguridad en la navegación, tipificadas, en nuestro Derecho, en el artículo 62 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (4). Partir de esta concepción es dejar la puerta abierta a los principios de responsabilidad objetiva "ex delicto",

-----

(4) El art. 62 de la Ley P. y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Merc. dice: "La infracción de las medidas de seguridad en la navegación y para prevenir los abordajes que coloquen al buque en situación de peligro, se castigará con la pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 5.000 pesetas, aunque ningún resultado dañoso se produzca.



pero no es ni más ni menos que configurar el tipo de colisión necesario para producir el abordaje, no con medidas cuantitativas de intensidad, pero sí por practicismo. En definiciones doctrinales del accidente que tratamos se habla de "choque violento" (5). Nosotros no creemos que sea necesario que exista dicha característica, al menos en una descripción diríamos anatómica del abordaje, pero si es conveniente hablar de resultado dañoso (6) para distinguir el abordaje en sí del abarloadamiento o situaciones similares. El tema ha sido tratado en epígrafes precedentes (7).

- 
- (5) Vgr.: Orcasitas, en "Nueva Legislación de Abordajes", pág. 2 y en "Ley Penal y D. de la M<sup>a</sup> Mercante", pág. 50.
  - (6) En este sentido, también Fariña, en "Abordajes, Reglamentación Internacional". Editorial Bosch. Barcelona, 1.958.
  - (7) En términos muy definidos, expone Quintano el problema de resultado en el delito culposo, en relación con la Ley del Automóvil, afirmando: "La simple conducta culposa, por temeraria que sea, no es suceptible de constituir en sí delito culposo, aunque en aparente paradoja pueda serlo y lo sea frecuentemente doloso, al tipificarse por la Ley una determinada conducta sin resultado. Así, en la ley del automóvil, de 9 de mayo de 1.950, los delitos de conducir bajo la influencia de bebidas o drogas, con exceso de velocidad o sin estar legalmente habilitado para ello, de sus artículos 1,2 y 3, no requieren resultado lesivo alguno; pero, contra lo que algunos han creído erróneamente, no constituyen infracciones culposas, sino dolosas de mero riesgo. De donde se infiere, que mientras en el dolo es posible hallar tipos delictivos sin objeto material, no sólo en los de peligro, sino en todas las hipótesis de no consumación, en la culpa el objeto material es absolutamente inexcusable.

## LA NEGLIGENCIA GRAVE EN EL ABORDAJE

### GENERALIDADES:

Ante todo, establezcamos una justificación de la sistemática a utilizar:

Los textos de los párrafos segundos de los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, establecen disyuntivamente la posible comisión del delito por "grave negligencia o imprudencia". La doctrina (8) no establece diferencias entre ambas modalidades. Nosotros vamos a tratarlas separadamente por dos razones, la primera de orden meramente formal: facilitar una catalogación más delimitada y clara de cada caso que se analice doctrinal o jurisprudencialmente; la segunda porque creemos que en materia de abordaje culposo tiene validez incluso a la vista de la redacción del legislador, la distinción establecida por Cuello Calón (9) entre la imprudencia como actitud positiva, como derivada de acción en sentido estricto, frente a la negligencia como equivalente a un "no hacer" o un "dejar de hacer". Esta previa distinción acción-omisión carece en la ley de verdadera relevancia penal. Sin embargo, aunque como veremos en el análisis de la jurisprudencia, a veces aparecen conjuntamente aludidas, en el abordaje, como en los fallos y sentencias en la aplicación de la vieja Ley de Vehículos de Motor, la separación propugnada puede tener su sentido, incluso a la hora de interpretar las normas del "Reglamento Internacional para evitar los abordajes en la mar".

-----

(8) Vgr.: Orcasitas, obras citadas, quien afirma "En cuanto a los dos requisitos de imprudencia o negligencia alternativamente exigidos por nuestra Ley Penal y D<sup>a</sup> de la M<sup>a</sup> Mercante para el abordaje culposo, no tienen, a nuestro entender, más que una diferencia puramente de matiz, pues ambos se refieren a la inobservancia o desacato de las reglas prevenidas para navegar

apreciar si esta inobservancia es negligente o imprudente.

(9) Cuello Galón, Derecho Penal, Parte general, Tomo I.

-----

De otra parte estudiaremos de modo autónomo y muy breve la impericia y el error náutico y su consideración a efectos penales.

Esta compartimentación material, insistimos, sólo debe interpretarse como una forma de exposición. Late con la distinción apuntada, un esquema unitario en tipicidad y punibilidad del delito culposo de abordaje, como tendremos ocasión de analizar, y dicho esto, comenzamos esta parte de nuestro estudio.

(A) La Negligencia grave.- a) Culpa penal y culpa civil.-

Al hablar de culpa penal y, ahora, de negligencia en sentido penal, lo hacemos entendiendo por tal, la que encierra violación de un precepto penal, portador expreso de un derecho subjetivo público del Estado. La acción u omisión avoluntaria deberá estar, por tanto, tipificada y castigada. La voluntariedad a que nos referimos es la que puede prever las consecuencias del acto, por lo que cuando hablamos de no voluntaria, en sentido penal, lo hacemos relativamente, pensando en la imprevisión que el sujeto tiene de las consecuencias de su obrar, reconociendo pues la existencia de un "querer" en la acción, pero no en las consecuencias de la misma. En el fondo consideramos vigentes las teorías de la previsión en la culpa.

La distinción entre culpa penal y civil la establece claramente la S.T.S. de 13 de noviembre de 1.934, al decir: "La cualidad abstracta de la culpa civil del art. 1.902 del C.C. requiere tan sólo las categorías de antijuridicidad y culpabilidad, mientras que la penal exige, además, las de tipicidad y punibilidad".

Desde ahora señalamos que nos sentimos, en lo que al abordaje se refiere, tendentes a admitir la tesis unitarista de las culpas, aunque quizás sólo teóricamente, si pensamos en los especiales e innumerables riesgos humanos y materiales que trae consigo la navegación, que fuerzan a creer, en la necesidad de una punición de conductas culposas, como medida preventiva en la salvaguarda de la vida humana en la mar y como ejemplarista, para excitar el celo de quienes tienen que velar a bordo de los buques por el mantenimiento de esa seguridad humana y material.

b) Concepto de negligencia grave.

Negligencia en general es tanto -según el criterio expuesto- como "omisión de la diligencia debida en un acto". Negligencia grave, en materia de abordaje, será, por tanto, omisión grave de actos de gobierno, maniobra u obligaciones a llevar a cabo en una diligente navegación, por quién tenga a su cargo la dirección de un buque o por otro miembro de la dotación, como consecuencia de la cual se produce colisión con otro buque, con resultado dañoso".

La caracterización aquí formulada adolece de las tradicionales lagunas que rodean toda definición de lo culposo, tales como la inexistencia de un criterio delimitador de lo que haya de constituir "omisión grave" o "diligente navegación".

c) Criterios que caracterizan la culpa en el abordaje en Derecho comparado. Necesidad de acudir al concepto civil de culpa.

Sin perjuicio de su consideración analítica y aunque no caben reglas generales, en una materia regida por una reglamentación internacional uniforme, derivada de la universalidad del comercio marítimo y del paralelismo de los problemas que plantea, pueden establecerse como criterios generales aceptados en sentido penal los siguientes:

1º.- Exigencia de gravedad en la negligencia, imprudencia o impericia, para calificar el delito.

2º.- Existencia de jurisdicción disciplinaria en varias legislaciones, que buscan un carácter intermedio delito-falta, en corrección de las conductas culposas. (En general en todo el ramo germánico).

3º.- Relevancia parcial e irregular de la consideración del resultado dañoso.

4º.- Tendencia, aún en lo penal, a reconocer la graduación de culpas.

5º.- Los criterios de gravedad de la culpa suelen servir también en la delimitación de responsabilidad de cada parte por los tribunales civiles.

6º.- Se delimita claramente la esfera de acción de las jurisdicciones penal y civil, con una doble perspectiva:

a) La de los derechos de influencia francesa -en parte el Derecho español- tendencia a coordinar la autoridad de lo juzgado

en lo penal con la sentencia civil, con independencia mayor en nuestro Derecho y partiendo, esto sí, de la total libertad de apreciación, dadas las distintas esferas de desenvolvimiento de los dos tipos de culpas.

b) Los derechos del sistema anglosajón, que tienden a independizar de manera muy acusada los ámbitos penal y civil, con más acusada coexistencia independiente. En Inglaterra, en concreto, si ha lugar procedimiento criminal, este no tiene conexión directa con el proceso civil.

7º.- Se especializa la legislación penal de abordajes, derivada de la total ausencia en los Códigos penales -excepción hecha de Holanda- de los delitos culposos de navegación.

8º.- Mayor valoración de la negligencia, entendida como omisión, para la calificación de las culpas. Coexistencia, sin embargo, de requisitos activos y omisivos para la graduación. Se acude constantemente a la omisión en luces, señales fónicas o moderación de velocidad, más que a supuestos estrictos de maniobra, para catalogar conductas culposas, dándose por consiguiente gran importancia a la infracción de las medidas de seguridad en la mar, interpretándose rígidamente los aspectos preventivos del Reglamento internacional para evitar abordajes en la mar.

En el análisis cualitativo, de las jurisdicciones en particular, que vamos a hacer a continuación debemos anticipar dos prevenciones metodológicas:

1º.- En el Derecho español estamos sistematizando la premisa de estudiar separadamente la negligencia de la imprudencia.

El estudio de las legislaciones extranjeras, sin embargo, no partirá de esta posición. Lo que se va a tratar de entrever es el criterio genérico de la culpa penal en cada legislación y su proyección práctica en el abordaje.

## 29.- Necesidad de acudir al concepto civil de culpa.-

No ya al concepto, sino al contenido civil del abordaje. El choque de esta figura en su esfera culposa, con algunas concepciones exteriores, unido al hecho de la falta de recopilaciones jurídico-penales propiamente dichas en la materia, hace que tengamos que tratar de inducir un concepto de culpa náutica.

Por ello advertimos que en este análisis en sí superficial, no vamos a estudiar jurisprudencia penal, únicamente, sino que trataremos de obtener, de sentencias civiles, en muchos casos, criterios caracterizadores de culpa náutica causante de abordaje.

Resulta artificioso el punto de partida expuesto, pero es necesaria su utilización.

## GRUPOS A CONSIDERAR

### 1) Sistema Anglo-norteamericano.-

Considera en general como centro de su análisis, la imprudencia en su sentido omisivo, denominándola "negligence".

Por estas características y por ser el Derecho inglés la guía tutelar del Derecho marítimo, nos interesa sobremanera su técnica.



Viene a calificarse la "negligence" de forma adjetiva muy variada -criminal, culpable, completa, grave etc.- pero la significación omisiva se proyecta sobre todo sobre la recklessness o "falta de cuidado", lo cual designa una grave imprudencia, frente a la que se encuentra la "negligence", que corresponde a la mínima e inconsciente omisión.

El criterio decisivo para el derecho inglés a efectos de considerar punible por criminal una conducta negligente es el de que esta se refiera a una regla generalmente aceptada y que la "falta de cuidado" haga aparecer una conducta como contraria a la actuación que hubiera sido de esperar en iguales circunstancias. Hay en todo el derecho inglés un latente criterio de incriminación general culposa que hace vigente el aforismo "negligentia supplet malitia".

Vamos a realizar un análisis de estos criterios en algunos prototipos de fallos y sentencias ingleses, entresacando de las mismas el contenido que nos permita una visión global del abordaje por negligencia en el sistema británico, advirtiéndolo, antes de comenzar, que en todo caso será muy sutil la diferenciación entre los criterios culposos civiles y penales. El sistema anglosajón no admite realmente, como veremos, prácticamente un auténtico delito culposos de abordaje, por lo que nos interesa en este apartado -y ello nos ocurrirá en casi todo el análisis comparado- es el concepto de negligencia en abstracto, para su contraste con el del Derecho Español.

Veamos pues estos criterios, vrg., en el caso HAWKWOD-BOWCOMBE-MARWICK HEAD, S. de 17 de marzo de 1.959, de la Admiralty División:

A la altura de Quay Point, descendiendo el río en viaje de Blythe a Londres, tras avistarse a unos 750 pies, se cruzaron señales entre ambos buques, el Hawkwood emitió dos pitadas cortas. Esta señal no fué atendida por el Bowcombe, que dió una pitada, siguió avante, y, al hallarse a 600 pies del Hawkwood redujo su velocidad, atravesandose en el canal. El Hawkwood, que iba remolcado, ordenó al remolcador que se separara, cayó a estribor y evitó la colisión con el Bowcombe, pero no pudo evitarla con el Marwick Head, anclado en la orilla sur del río.

La sentencia acude a la normativa reglamentaria de la navegación en el Blythe Harbour, que fija en 3 millas la velocidad máxima en Mid Ferry, afirma la existencia de lo que denomina "navegación negligente" por ambas partes:

- En el Hawkwood, por mantener una velocidad mayor a la consentida y por no dar -solamente una pitada larga- las señales adecuadas para entenderse con el Bowcombe, no siguiendo tampoco la derrota que debía por navegar un tiempo por el centro del canal.

-El Bowcombe, por otra parte, había procedido lentamente al cruce del canal, ocasionando una obstrucción de este y su persistencia en la maniobra, a pesar de las señales del otro buque en su vecindad, contribuyó al abordaje.

La reclamación origen de la sentencia fué de los armadores del vapor Hawkwood, que alegaron "negligencia" en la navegación del Bowcombe.

De su contenido cabe hacer varias consideraciones:

1º.- La privatización de la responsabilidad culposa, al margen casi siempre de su posible carácter criminal, en pocos casos reconocido. Es una sentencia similar a la que nuestros tribunales civiles realizan al abrigo de los contratos de fletamento y seguro, en relación con el art. 1.903 del Código Civil y con los 826 a 839 del Código de Comercio. Si se trae a este lugar es para tipificar criterios generales de negligencia del derecho inglés, que parten de una interpretación exhaustiva y de detalle de las maniobras de cada buque en relación al Reglamento Internacio-

nal para prevenir abordajes en la mar y en relación a los reglamentos interiores de cada puerto. Al hablar de privatización de responsabilidad criminal lo hacemos pensando en la casi patente existencia de imprudencias graves en los buques, sin que haya habido sentencia condenatoria penal.

2º.- El referirse demandantes y tribunal a criterios de responsabilidad del buque, elevándose sobre consideraciones personalistas, con ámbito típicamente privado y bajo presupuestos de culpa -según ficción- de cada buque.

3º.- La graduación y compensación de culpas como viable solución civil, adoptada por tribunales y arbitros en términos generales.

En el mismo sentido objetivo -fáctico, la sentencia de 4 de Diciembre de 1.958, dictada por la Court of Appeal de Inglaterra, sobre el abordaje entre el Arabert y el Cyprian Coast, con hundimiento de éste; que decide responsabilizar al Arabert por exceso de velocidad.

De culpa principal y responsabilidad de 2/3 del total habla la sentencia de 16 de abril de 1.959, con condena del Marinegra, en abordaje con el Aconcagua, en el Elba, con criterio de negligencia debida a navegar en un canal por la orilla indebida e inaplicación de la regla de estribor; regla esta (paso y cruce obligado en respeto a la luz verde del estribor de cada buque) que da pie asimismo a las sentencias de la Court of appeal de 7 de Mayo de 1.959, (abordaje American Jurist - Ferranti en el Támesis) y de 22 de diciembre de 1.959 (Ribblesdale H - Elmol, en el canal de Mánchester).

Insistimos en que los criterios expuestos en las presentes sentencias son básicamente utilizados desde ángulos privatistas extra-punitivos. El derecho inglés separa más claramente los ámbitos penal, disciplinario y privado, reservando el primero al sector doloso y en su caso de negligencia muy calificada y no proyectando normalmente sino la simple, -con efectos únicamente civiles- sobre el abordaje.

El sistema inglés de relevancia penal de determinada culpa ha configurado el de Estados Unidos. En Norteamérica se admite sólo como culpa criminalmente relevante la "recklessness", mientras que la "negligence" simple es susceptible sólo de acción civil de daños y perjuicios. En frase de Perkins ("Cases and materials on Criminal Law and Procedure", 1.952) la negligence es conducta susceptible de dañar pero no intencionadamente ni de modo en extremo descuidado en la provocación del mal.

El resumen de la jurisprudencia penal anglosajona, en materia de abordaje, es que muy rara vez se observan criterios penales estrictos en materia de culpa, siendo sólo considerada, en términos generales, la "negligence" a efectos de canalización de acciones civiles, en las que, de otra parte hay una marcada tendencia a la graduación de culpas de los buques y consecuente compensación proporcional de gastos por daños y perjuicios. (10)

-----

(10) En este sentido, vease Hernandez Yzal ("La responsabilidad por abordaje en buques equipados con radar"), pags. 88 y sgtes.

Adelantando ideas posteriores digamos que no es que exista una total ausencia del aspecto penal culposo del abordaje en el sistema anglosajón. En Inglaterra, en esta materia, las jurisdicciones criminal y civil se hallan completamente separadas; los actos delictivos criminales en el mar son examinados por los tribunales ordinarios de lo criminal, de la misma manera que el resto de los otros delitos. Los casos de colisión, independientemente, los juzga el Tribunal del Almirantazgo, el cual determina la responsabilidad y el grado o grados de culpa de cada buque, para remitir a continuación a un representante del Tribunal, el Archivero del almirantazgo, para tasar los daños, con apelación ante el Almirantazgo, luego ante el Tribunal de Apelación y en última instancia ante la Cámara de los Lores.

En Estados Unidos casi inexistente ciertamente, también se encuentra la vertiente penal culposa del abordaje. Se tiende a una auténtica "jurisprudencia de intereses", podríamos decir, sin que estemos pensando en la escuela de Heck y Rúmelin.

Hay un procedimiento previo, en el que con intervención de las partes y sus poderdantes, examinando las pruebas el respectivo -documentales, testificales, etc.- todo ello con el fin de informar a los litigantes, a efectos de posible resolución de las diferencias en forma extra-jurídica. Ello no obsta para la acción público-penal, pero no obstante, en mayor grado -si cabe- que en el Derecho inglés se insiste en la privatización.

Y, en verdad, cabe decir, sin temor a error que en Derecho anglosajón es considerado el abordaje como un asunto de Derecho privado, casi como regla general. En la conferencia de Ambe-

res de 1.932, el representante británico se negó a admitir la competencia penal para el abordaje, alegando que según la doctrina inglesa el abordaje culpable por negligencia o impericia no podía en ningún caso transformarse en delito. Francia, por el contrario, defendía la tipicidad del abordaje culposo delictivo. En la conferencia de Bruselas de 1.952, por iniciativa del Gobierno belga se vino a transigir en la resolución de los conflictos de competencia, que -no obstante- seguirán latentes constantemente, con el criterio de la Ley del Pabellón; pero lo incuestionable es la casi constante e impeturbable posición inglesa de absolución por delito, o de no reconocimiento del mismo.

## 2) Sistema Francés

Las características generales de la incriminación culposa por tipos, en el Código Penal Francés, de lo que se ha llamado especificidad de la culpa, quedan paliadas por lo parco y restringido de tales tipicidades referidas casi exclusivamente a los delitos contra las personas. En los mismos se refieren como modalidades causantes delictivas, en abstracto: la impericia, imprudencia, inatención, negligencia, inobservancia de reglamentos y falta de precaución.

En lo que respecta al abordaje poco puede interesarnos en lo penal. Sus sentencias civiles utilizan asimismo los criterios extra contractuales.

El sistema francés en conjunto es similar, en cierto modo al español, hasta en lo paralelo de su nomenclatura y, como el nuestro, poco dado a la definición de los tipos, que abandona a criterios generales de legislación. Es por ello que se limita prácticamente a preveer el delito de negligencia en el artículo 81 del "Có-

digo Penal y Disciplinario de la Marina Mercante Francesa". Los tribunales marítimos adoptan posturas correccionales que -insistimos- no alcanzan validez alguna para la proyección civil de cada supuesto, y cuya característica, como en España viene siendo restrictiva en la admisión de la negligencia grave.

Julien le Clere, en su obra "L'abordage en droit maritime et en droit fluvial", expone que el art. 81 del Code Disciplinaire en una primera visión parece establecer únicamente el enunciado de una agravación penal para el supuesto de que, a consecuencia de alguna de las infracciones de riesgo que enumera el art. 80 del mismo Code (empleo indebido de luces, omisión de señales fónicas en niebla, defecto en la maniobra etc.) castigadas con seis días a tres meses de prisión y multa de 4.000 a 24.000 francos, se produjera abordaje, aunque, como en nuestro derecho, la negligencia queda sin calificar -aquí ni siquiera se hablará de gravedad- en el art. 81, que dirá: "Si l'une des infractions prévues à l'article 80 ou tout autre fait de négligence imputable aux capitane, chef de quart ou pilote, a occasionné pour le navire ou pour un autre navire, soit un abordage, soit un échouement... le coupable est puni de six jours à trois mois d'emprisonnement ou d'une amende de 4.000 a 120.000 francs....

A continuación añade que si a consecuencia de la infracción se producen muerte o heridas graves o la innavegabilidad de un buque, la pena será de tres meses a dos años de prisión y multa de 12.000 a 140.000 francos.

Como vemos, son característicos del sistema francés:

-) Distinguir un delito de riesgo (a.80) y otros de resultado (art. 81).

-) Castigar y graduar la pena en razón al resultado dañoso.

-) Tipificar el delito sin determinar las características de la "negligencia", que quedarán al arbitrio judicial.

Esta última característica la consideramos muy importante porque al no determinar la gravedad cierra el camino a poder calificar por un delito culposo abstracto, o sea, no estaría claro en el sistema acudir a un teorico art. 565 de tipología abierta y genérica, como en nuestro derecho.

En todo caso se observa un cierto paralelismo con nuestro sistema.

También es de señalar que los arts. 80 y 81 se aplican sólo al Capitán, jefes del buque y pilotos, sin que, como en nuestras normas, este indeterminado el posible sujeto activo.

Veamos ahora, una interesante sentencia donde, además se analizan problemas de competencia.

Abordaje y hundimiento del pesquero "Val"de-Saire" al largo de la costa de Africa, al ser abordado por el "Freres-Feydel", Reglas de gobierno y rumbo. Reglas 19 y 28 del Reglamento de abordajes.



La sentencia del Tribunal de Comercio de Lorient de 27 de abril de 1.962 decidió la responsabilidad del pesquero "Frères-Feydel" por abordaje y pérdida total del también pesquero "Val-de-Saire" acaecido al largo de la costa africana en 1.961, ordenándose una peritación de los daños y perjuicios sufridos por el armamento Lucas y apelada por la sociedad armadora del primero de ambos buques, la sentencia de 13 de noviembre de 1.963, dictada por la Corte de Rennes, después de nuevo estudio, estimó que el patrón del "Frères-Feydel" había incurrido en la culpa determinante de la colisión; que este buque había avistado constantemente por estribor, mientras navegaban ambos, con buena visibilidad y mar en calma, al "Val-de-Saire, que así se presentaba como prioritario y, por ello, el "Frères-Feydel" tenía la obligación, impuesta por el artículo 19 de la Reglamentación, de desviarse ampliamente de la derrota seguida por el otro pesquero, pero que, sin tener en cuenta esta regla, prosiguió navegando a la misma velocidad y a su rumbo inicial, convergente con el del otro buque, obligando a "Val-de-Saire", para evitar peligro de colisión que se había advertido, a realizar una maniobra de aplicación del artículo 28 del Reglamento, mientras los tripulantes del "Frères-Feydel", sin observar las reglas de gobierno y sin advertir mediante señales de su sirena sus maniobras últimas, daban lugar al abordaje. El Tribunal correcional de Abidjan consideró que debía condenar al patrón del "Frères-Feydel" a quince días de prisión y multa de 25.000 francos.

El Trinunal de Rennes declaró en apelación:

I. La decisión de sobreseimiento de un capitán pretendido responsable de un abordaje, dictada por un Tribunal extranjero, no tiene autoridad alguna ante un Tribunal civil o comercia francés.

II. Resulta únicamente responsable del abordaje de dos buques con rumbos opuestos que se cruzan, aquél de los dos capitanes que después de un largo tiempo, durante la aproximación convergente, había avistado y constantemente señalado al otro buque por estribor, presentándose como prioritario, en el sentido del artículo 19 del Reglamento. La inobservancia por este capitán de esta regla esencial de Derecho Marítimo ha sido la causa generadora del accidente, pues al introducirse el otro buque en la zona de navegación del prioritario ha actuado como un perturbador. Y carece de interés conocer cuál de ambos buques había apercibido en primer término al otro, así como si el buque prioritario iba o no al encuentro de un tercer buque, no prioritario y sometido al aproximarse a las disposiciones del artículo 19 del Reglamento (S. en Le Droit Maritime Francais núm. 193, enero de 1.965, págs. 23-28).

Otra característica del sistema francés, señalada por Orcasitas, es fijar una neta distinción entre lo judicial y lo disciplinario, que encauce en tal sentido la labor legislativa, por lo que ésta ha de orientarse hacia una diferenciación meramente cuantitativa encomendando la sanción grave a la Autoridad judicial, que la impone a través de un procedimiento formalista, y la leve, a las Autoridades e incluso funcionarios administrativos, que resuelven de plano o previa breve investigación. A este respecto, la Ley francesa de 1.926 divide las faltas disciplinarias en graves y leves, y encomienda su sanción a funcionarios administrativos, como los Capitanes mercantes Administradores de la Inscripción Marítima y, en ciertos casos, los Cónsules, considerando como faltas solamente la desobediencia simple, la embriaguez, las disputas, las luces no reglamentarias, la ausencia de a bordo en puerto metropolitano, la utilización no autorizada de embarcación menor de buque, etc. y como delitos, todos aquellos actos que atenten contra ciertos derechos subjetivos humanos y aquellos que, dirigiéndose contra la policía de la navegación lleguen a revestir cierta importancia o gravedad. La Ley federal suiza de 23 de septiembre de 1.953, que con sus 167 artículos constituye un verdadero Código Marítimo, contiene también, en su último título, una serie de disposiciones de carácter penal unas, y disciplinarias otras, con parecido criterio de distinción. De igual manera el Código de Navegación italiano de 30 de marzo de 1.942 tiene una parte tercera dedicada a disposiciones penales y disciplinarias, materia que ocupa los dos libros en que esta tercera parte se divide, subdividiéndose a su vez el libro primero en dos títulos, referentes, respectivamente, a delitos y contravenciones o faltas (11).

-----  
(11) Orcasitas, L.P.D.M.M., págs. 4 y 5.

3) Sistema germánico.

Influido abiertamente en este punto por el derecho francés, como lógica consecuencia de la derivación que el C.P. Alemán vigente ha tenido del Código francés, por la clara influencia del Código prusiano de 1.851, muy inspirado en la sistemática francesa, aunque la plena independencia de total inasimilación entre lo doloso y lo culposo, típica del Derecho germánico, dé al traste parcialmente con la citada influencia, al menos en la teoría general de la culpa.

Veamos la Sentencia del Tribunal de Hamburgo, de 22 de Octubre de 1.959, de la que tomamos algunos puntos (12).

"El tribunal marítimo de Hamburgo ha dictado el 22 de octubre de 1.959 la siguiente sentencia en los autos del juicio de abordaje acaecido en el mar del Norte el 17 de mayo de 1.959, entre la motonave alemana "Naumburg" y la también motonave, de pabellón inglés, "Finland", después de la vista en audiencia pública que tuvo lugar el 7 de septiembre de 1.959, bajo la presidencia del director del tribunal Knaak, y la concurrencia, como vocales, de los capitanes Busch, Gaffrey, Gansberg, Reinberg, del fedatario, inspector Hinzpeter y del representante del ministerio público, vicealmirante en servicio, Hoffmann:

-----

(12) Inclusa en la revista alemana Hansa, de Hamburgo, ha sido recogida por el profesor Hernández Yzal, obra citada, página 231 y siguientes.

Al ser las 5 horas y 41 minutos del 17 de mayo de 1.959 la motonave "Naumburg", que navegaba hacia poniente con visibilidad escasa por el mar del Norte sufrió un abordaje con la motonave inglesa que navegaba al opuesto Finland, al oeste de la boya JE 8.

Del siniestro se derivaron para ambos buques averías en la obra muerta.

La causa del accidente ha de ser buscada en la maniobra de ambos buques por cuanto:

- 1) La situación del contrario no fue acertadamente discernida en ninguno de ambos buques.
- 2) La motonave "Finla" vino a parar al lado norte del paso navegable y no paró inmediatamente.
- 3) La motonave "Namburg" no paró cuando el contrario se hallaba según el radar a 1 milla de distancia y no había sido aún ópticamente avistado. Por esta razón ha sido declarado también cumplable del abordaje el capitán del "Naumburg".

Las medidas adoptadas con posterioridad al siniestro fueron adecuadas a las circunstancias.

#### Fundamentos de Derecho

1.- En coincidencia con la calificación del ministerio público, el tribunal marítimo ha llegado a la conclusión de que además de las condiciones de visibilidad ambos buques son imputables del accidente. A este respecto, la culpa del "Finland" es mayor que la del contrario en lo que hace referencia a que se mantuvo en el lado norte de la canal, siendo como era buque que navegaba hacia levante.

Además, han tenido participación las circunstancias siguientes:

a) Ninguno de entrambos buques navegaba a rumbo de canal en los minutos inmediatamente anteriores al abordaje, sino que los dos llevaron a cabo cambios de rumbo hacia el norte.

b) En ninguno de los dos buques de autos fue determinada correctamente la situación del otro con base en las indicaciones de radar. El capitán del "Naumburg" creía poder deducir de sus observaciones que el "Finland cruzaría al opuesto, franco por babor. Con base en sus observaciones de radar, el capitán del "Finland" contaba con que el Naumburg cruzara franco por babor. La errónea estimación de la situación recíproca es imputable a en trambas partes, en especial porque en los instantes decisivos decidieron hacer cambios de rumbo. Además, cuando el eco del contrario se acercó a menos de 1 milla, en el "Finland no se pudo hacer ya ninguna observación más por haber entrado aquél en un ángulo muerto.

c) Después de su mutuo avistamiento los buques no pudieron maniobrar para franquearse uno de otro porque ninguno de ellos había parado con la antelación suficiente ni cuando ello era posible.

2. - Había cuenta de los hechos probados, el tribunal ma rítimo no puede eximir de culpa al capitán del "Naumburg". No procedió en forma francamente negligente por cuanto se vió en un callejón sin salida debido al anómalo proceder del contrario. Cuando un capitán detecta un eco en la pantalla, en las proximidades de su buque y por la misma proa, ha de proceder con las mismas precauciones que si hubiera oído la señal de niebla de otro buque por la proa. Ha de adoptar las cautelas que requiere el artículo 16, párrafo 2 del reglamento internacional para evitar abordajes en la mar y pararmáquina. De la imagen del radar no se puede deducir directamente la situación del contrario. Si no se dispone de radar de movimiento real sólo se puede deducir con seguridad suficiente la marcación y la distancia del contrario, en tanto que la velocidad y sobre todo el rumbo no son determinables sin el concurso adicional de medios auxiliares. Este extremo ha quedado confirmado por la investigación de numerosos abordajes, algunos de los cuales han te nido graves consecuencias jurídicas.

Todo paso estrecho o canal comporta la necesidad de que los buques se crucen a distancias reducidas de lo cual dimana que se detecten según ángulos muy cerrados. En términos generales

hay que partir de la base que todos los buques que navegan por estos pasos lo hacen a rumbos opuestos.

Criterios deducibles de esta sentencia:

1º.- Constituye negligencia la omisión de medidas preventivas que deben llegar a parar máquinas, pero no se admite como conducta "francamente negligente" la que deriva de maniobra previa incorrecta del buque contrario.

2º.- Se tiende a la exoneración parcial de responsabilidades y a la graduación de culpas.

3º.- Tajante distinción entre tres jurisdicciones: penal, civil y disciplinaria, aunque, en todo caso, en el Derecho alemán se admite la condena del capitán por la jurisdicción civil, aunque haya sido absuelto por la penal y la disciplinaria, sin que la absolución por esta última tenga valor de cosa juzgada a los efectos de responsabilidad civil.

4º.- Estudio de la conducta de los capitanes, en relación al uso debido o indebido del radar.

4) Holanda.

El Código penal holandés tiene una declaración abstracta de "delitos culposos" de navegación (artículos 167 y 171), lo que constituye casi un excepcional tratamiento del problema. Si bien no es analítico ni descriptivo del supuesto abordaje da pie a una más adecuada aplicación analógica. Rara vez se especifica como

delito. En la recopilación de Fariña y Azcárraga (volumen II, página 24) se estudia -en general- el criterio abstracto de la culpa, aludiendo a la posible gravedad:

La Corte de Casación de Holanda, en sentencia de 9 de noviembre de 1.962, ha juzgado que el hecho de crear una situación de peligro no constituye por sí mismo necesariamente una culpa de un buque, sólo puede considerarse así en el caso en que el presunto buque culpable ha realizado falsas maniobras; la situación de peligro a que pueda dar lugar depende de las circunstancias de cada caso.

En algunos casos se hace mención de la "falta grave" en el abordaje. Se menciona específicamente la de un buque de pesca fondeado en el mar del Norte, con las luces insuficientes y habiendo abandonado su puesto el tripulante que debía atender a la vigilancia, sin encargar a otro que le sustituyese. (S. Apel. Amsterdam, 15 de junio 1.961).

También se estimó por el Tribunal de Rotterdam, en sentencia de 26 de junio de 1.962, que había incurrido en culpa grave, el buque que de noche y en tiempo de bruma navegaba a toda máquina, sin dar a intervalos regulares las señales de niebla reglamentaria, en una ruta muy frecuentada. Al capitán -que era a la vez armador del buque culpable- le fué denegada por estos motivos la limitación de responsabilidad. (Se anota que los Países Bajos no han ratificado hasta la fecha de esta decisión el Convenio sobre limitación de responsabilidad). (S. en Schip en Schade, 1962, 67 y en Dorit Ma rítme Francais, 1.963, pár. 503).

-----

De lo expuesto se deduce que el Derecho comparado ofrece claras muestras de relativa transigencia con el delito culposo de abordaje, al que se reconoce existencia, pero no relevancia. Se le juzga "especialmente" en lo que a jurisdicciones se refiere y se matiza muchas veces la condición de procedimiento previo indagador

de la primaria investigación fáctica del abordaje, dándose gran importancia a la delimitación de competencia y actuaciones de las jurisdicciones penal y civil.

5) Particularidades de los sistemas finlandés, sueco, noruego, israelí, griego y argentino. Correlación con los problemas de competencia.

La problemática de la competencia (13) en materia penal, que será analizada en su momento en Derecho español, es indicativa de la limitada relevancia del abordaje culposo delictivo en derecho comparado, en cuanto que no suele, de una parte, darse interdependencia entre la sentencia penal y la civil; antes al contrario, suelen señalarse solamente los cauces civiles y se establece que sólo cuando se justifique la existencia de delito se abrirá el ámbito penal, que, de otra parte, no suele entorpecer la disceptación civil-privada.

En Francia, Bélgica, Alemania, Italia, EE.UU. e Inglaterra ya hemos visto que, en todo caso, a lo único que se tiende -v.gr.: Francia- es a coordinar lo juzgado, pero sin conexión de derecho patente; lo cual puede también considerarse un contrasentido en cuanto que la responsabilidad civil en casos de colisión está directamente vinculada a una culpa náutica y cualquier análisis que

-----

- (13) El hacer aquí consideraciones de carácter adjetivo no debe entenderse como ruptura de la metodología a seguir, porque creemos que los aspectos jurisdiccionales son, en este breve análisis comparativo, definidores, más que muchos otros, de los puntos de vista de las distintas legislaciones ante el problema del abordaje culposo.



de esta culpa -sea o nó punible- verifique un tribunal no debe ser un mero paréntesis en el que con finalidades privadas de Derecho material, se lleva a cabo en el litigio civil entre partes.

En relación con lo expuesto, pueden analizarse las legislaciones de varios países (14).

-En Bélgica no se admite, en lo civil, la autoridad de lo juzgado por los Tribunales marítimos penales o disciplinarios, existiendo, por tanto, un análisis independiente y autónomo, sobre los mismos hechos, pero con distintos fines.

- En Finlandia, el Capitán del buque de pabellón finlandés que interviene en un abordaje tiene obligación de remitir un parte del mismo a los tribunales desde el primer puerto de arribada tras la colisión y entonces, o posteriormente, habrá de explicar detalladamente lo sucedido en presencia del Ministerio Público y ante un representante del Ministerio de Barcos.

Este es su sistema de iniciación del procedimiento criminal indagatorio, que está desconectado de las reclamaciones de orden civil, sin vinculación de ningún tipo.

- En Suecia, a instancia del Fiscal, cuando este considere que ha existido delito, se inicia una acción penal ante los tribunales ordinarios, para decidir sobre el delito en particular, sin que

-----

(14) Puede verse una exposición sistemática de estos problemas en el trabajo de Ogayar, en el nº de la REDM, dedicado a las primeras Jornadas Nacionales de Derecho Marítimo, citado en otros lugares de este estudio.

se debata el problema del grado en que este delito haya contribuido al abordaje, dándose el supuesto de la total desvinculación teórica, hasta el punto de que el mismo tribunal puede entender del aspecto criminal y del de responsabilidad patrimonial de manera totalmente independiente.

También en Noruega el Fiscal puede instar juicio criminal, que es ajeno a la competencia de los jueces civiles en el ámbito de las responsabilidades privadas.

- En Israel existe una clara influencia británica. Son competentes para conocer el aspecto civil los tribunales ordinarios de este carácter, o también, el Tribunal del Almirantazgo, que también ostenta jurisdicción común en este ámbito, y ello sin conexión directa con el posible proceso criminal.

Una excepción es la de Grecia, donde, al existir un Ministerio de la Marina Mercante, se inicia un sumario por las autoridades portuarias, que pasa al Comité de Investigación de Accidentes Marítimos que analiza y estudia la colisión; el Ministerio de la Marina Mercante tramita y decide según los autos precedentes y somete su dictamen al Consejo de Investigación de accidentes marítimo cuyo acuerdo vincula a todos, en todos los aspectos, y, por supuesto, a los tribunales civiles que, en este caso, sólo tramitarán y decidirán -a instancia de parte- cuestiones relativas a la cuantía exigible en concepto de resarcimiento de daños o indemnización de perjuicios, pero que no se pronunciarán de nuevo sobre la resolución acerca de la responsabilidad en el abordaje que alcanza con el dictamen -sentencia del "Consejo de Investigación" -auténtico valor de cosa juzgada, con una sólo excepción: los supuestos en que la acción de parte se inicie aportando nuevas pruebas en contrario, en orden

a los hechos; de donde se deduce que existe interdependencia penal-civil, pero no plena.

- En Argentina, hay 3 esferas: penal (jurisdicción criminal); administrativa (Prefectura nacional marítima) y civil (Juzgado Federal).

Hay un primario informe de la Prefectura que establece bien la inexistencia de infracción; bien su existencia, en cuyo caso decide imponer una sanción de carácter administrativo; o bien, por último, la posible existencia de delito, pasando los antecedentes a la jurisdicción criminal para la tramitación de un juicio penal.

Este ámbito bipolar señalado es independiente de la actuación de los tribunales ordinarios a instancia de parte, en lo que afecte la responsabilidad civil.

d) Conclusiones del análisis comparativo.

Puede establecerse las siguientes, addenda a las señaladas en el principio del apartado, como criterios inspiradores:

1º.- Existencia de dos nitidos grupos -anglosajón y europeo continental. El primero abiertamente opuesto al reconocimiento del abordaje como delito culposo; y el segundo tendente a su admisibilidad por lo general en legislación especial y requiriéndose gravedad en la conducta negligente o imprudente causal.

2º.- Especialización de jurisdicción en Tribunales marítimos tecnico-náuticos.

3º.- Tajante separación de las esferas civil                      nal a

efectos procedimentales, con total independencia de acciones, casi como regla general; sin perjuicio de tender en algunos casos excepcionalmente, a vinculaciones de hecho a los fallos de los tribunales marítimo-penales.

4º.- Trascendencia de las disposiciones disciplinarias como sustitutivas de las propiamente punitivas, para juzgar las conductas culposas del personal de navegación en caso de abordaje.

5º.- Relevancia de la información pericial y analítica con sideración de los factores exteriores, climatológicos y fisico-mecáni cos de cada buque, para deducción de responsabilidades.

6º.- Tendencia general a la privatización de responsabilidades, en particular cuando no se ha producido muerte o lesiones en personas. Comprensión acentuada de la básica consignación jurídico-privada del abordaje. Ello, sin embargo, entendiendo como necesario el mantenimiento de una jurisdicción especial marítima, aún con criterio restrictivo a la hora de calificar como delito el accidente de navegación.

7º.- La materia de abordaje está, por tanto, en una gran mayoría de los países marítimos, reservada a la jurisdicción ordinaria civil, de tal modo que sólo en el caso de que haya justificación de existencia de delito, interviene el juez penal, Normalmente, por consiguiente, sólo actúa la jurisdicción civil, para garantizar el legítimo derecho del perjudicado, salvaguardando lógicamen te, las acciones privadas de resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios, que casi necesariamente nacen siempre de todo accidente marítimo.

B) La negligencia grave en el Derecho y Jurisprudencia es pañoles en torno al abordaje culposo, como delito:

a) Introducción.

Hemos advertido anteriormente que la distinción negligencia imprudencia y su estudio autónomo obedecía a razones de sistemática y utilidad, sin olvidar que, en el caso concreto del abordaje, en tendemos que conserva una mayor nitidez.

En el seno del Reglamento Internacional para prevenir abordajes en la mar observamos tres tipos de reglas, en el sentido aquí analizado:

1º.- Las susceptibles de violación por negligencia grave:

-Las referentes al uso de luces y marcas (artículos o reglas 2 al 15).

2º.- Las susceptibles de violación por imprudencia grave:

- Los referentes a la regulación del rumbo y gobierno y las -en general- derivadas de la maniobra (artículos 17 al 27); aun que las números 26 y 27 deben considerarse disposiciones con eficacia más interpretativa que imperativa.

3º.- Normas susceptibles de violación por negligencia e imprudencia grave conjuntamente (artículos 16, 28 al 32 y 33; sin perjuicio de las características asimismo interpretativas de las de los números 28 al 32).

Además y, en términos generales, el criterio de la negligencia o imprudencia se utilizará en abstracto para catalogar toda conducta omisiva o activa respectivamente que pueda considerarse causa adecuada del resultado "colisión". En esta generalidad de criterios, junto a la peculiar característica de responsable general -titular deríamos de la navegación se basa la inculpabilidad e imputabilidad del capitán o patrón que no tome parte activa en la acción imprudente que produce el abordaje, pero que es "causa causae" por negligencia previa.

El criterio de la distinción se ve claro en las sentencias de nuestro Consejo Supremo de Justicia Militar sobre la materia que vienen a caracterizar y adjetivar el delito de abordaje tomado ya el criterio de la negligencia grave, ya el de la imprudencia, asimismo grave.

b) Los criterios jurisprudenciales sobre negligencia grave, en abordaje, en las Sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Veamos y comentemos como el órgano supremo de la Jurisdicción Militar y, por ello de la de Marina, observa la negligencia en el abordaje.

Comencemos por el caso Chamorro - Evencio Alvares (Revista Española de Derecho militar, nº 17, página 168).

"Sent. 5 junio 1.963 (Base Naval de Canarias).- Sobre las 14 horas del 8 de enero 1.961, en la situación de 24º y 32' latitud N. y 15º y 28' longitud O., con marejadilla, viento del nordeste de 6 a 10 nudos de fuerza y buena visibilidad, el pesquero "Chamorro", de la 3ª lista de Vigo, navegaba rumbo E. al mando de su patrón Manuel L. F., quien avistó por la amura de babor a

los de la misma clase "Pedro Alvarez" y "Evencio Alvarez", dedicados a las tareas de arrastre con el arte tendido, navegando rumbo S., y como calculase que siguiendo su rumbo cortaría la proa de los buques de la pareja, a distancia prudencial se dirigió a la cabina de telefonía, dejando abierta la puerta que comunica con el resto del puente, para establecer comunicación con los patrones de la referida pareja, quedando al timón el también procesado Alfredo M.M., el que una vez rebasada la proa del "Evencio Alvarez", y antes de hacerlo al "Pedro Alvarez" la señal de peligro, y acudiendo inmediatamente al timón el patrón del "Chamorro", metiendo a babor con toda celeridad no obstante la dureza del timón, evitando que el "Pedro Alvarez" fuera abordado de través, pero no que fuera alcanzado en la aleta de estribor, produciéndole averías que le obligaron a buscar refugio en puerto, no habiendo realizado manobra alguna los patrones de la pareja. (Resultando I). A consecuencia de la colisión, el "Pedro Alvarez" sufrió averías por importe de 159.685,50 pesetas y para aligerarlo y evitar la entrada de agua, hubo que proceder a la echazón de 2 toneladas de sal y 5 de pescado salado, habiendo sufrido en la amura de estribor averías de escasa importancia el buque "Chamorro", quedando aquél inhabilitado para las faenas de la pesca durante la reparación de las averías. (Resultado II). - CG. Ordinario: Absolvió a Manuel L.F. y condenó al timonel Alfredo M.M. a un mes y un día de arresto mayor, accesorias y responsabilidad civil, como autor de un delito de abordaje por grave imprudencia. - Voto Particular: Del Presidente y Ponente, por entender que el patrón Manuel L.F. debió ser también condenado a un mes y un día de arresto mayor por el mismo delito. Autoridad Judicial: Disintió, ya que el patrón Manuel L.F. al permanecer en la cabina de telefonía dejando el gobierno de la nave al timonel, incurrió en negligencia. - Fiscal Togado: Conforme con el disenso. - Defensa: Absolución. - CSJM.: Confirma, porque el hecho que se declara probado es constitutivo del delito de abordaje por imprudencia que prevé y castiga el párrafo 2º del art. 59 LPDMM., imputable al procesado Alfredo M.M. al que en la sentencia se impuso la pena de un mes y un día de arresto mayor, en cuyo parecer coinciden tanto el C.G. como la Autoridad Judicial y el Fiscal Togado de este Consejo Supremo, y visto que el CG. apreció las pruebas que sobre el particular obran en autos en conciencia y con arreglo a su racional criterio, dentro del arbitrio que a dichos Tribunales concede el art. 787 CJM., haciendo uso correcto de sus atribuciones, se está en el caso de, por lo que a este pronunciamiento se refiere, confirmar el fallo. (Considerando I). Y aceptando la calificación jurídica del hecho perseguido, la cuestión que se plantea con motivo del disentimiento se refiere a la participación en el delito del también procesado Manuel L.F. y así, mientras el

CG. le absolvió por no considerar punible su actuación, el Presidente y Vocal Ponente del Tribunal, el Auditor y el Comandante General de la Base Naval y el Fiscal Togado de este Consejo Supremo, entendieron, por el contrario, que también era responsable del delito de abordaje, si bien por negligencia y, en consecuencia, debía ser condenado a la pena de un mes y un día de arresto mayor, y como de los elementos de juicios aportados a los autos se pone de manifiesto que la apreciación que se hizo por el Tribunal de tales medios de prueba no representa un uso excesivo de las facultades que la ley le concede en esta materia, la Sala, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, al no apreciarse el notorio error a que se alude en el artículo 979 CJM., estima deben respetarse los pronunciamientos que sobre este extremo se hacen en la sentencia y, por tanto, confirmar la absolución dictada en relación al procesado Manuel L.F. (Considº II). En materia de responsabilidad civil la derivada del delito en el presente caso deberá fijarse en la cantidad de 159.685'50 pts., importe de las averías causadas al pesquero "Pedro Alvarez", además de las que en período de ejecución de sentencia se determinen por la echazón de este buque y los perjuicios que se le ocasionaron por no dedicarse a las faenas de la pesca durante el tiempo que duró la reparación y, asimismo, el importe de las causadas al pesquero "Chamorro". (Considº IV).

Como vemos -aunque en definitiva, se reconoce un solo delito, en consideración a la apreciación de la prueba sin uso excesivo de facultades por el Consejo de Guerra- en el disenso originario del conocimiento por el Consejo Supremo de Justicia Militar latén los dos criterios Negligencia - Imprudencia:

A) La posible negligencia, no reconocida, del patrón del buque por abandono del timón en situación de maniobra, necesaria e inminente.

B) La imprudencia en el timonel, por verificar actos contrarios a las reglas de gobierno, avistados otro u otros buques,



Evidentemente la comprensiva función y a la vez responsabilidad del Capitán, si bien clara y pertinente en el derecho privado en general, proyectada sobre el ámbito penal se explica sólo en su consideración de director con obligación de vigilar: la "culpa in vigilando", unida al criterio de unidad de mando y unidad de responsabilidad de toda empresa de navegación.

Veamos, asimismo las consideraciones del CSJM, en el caso del naufragio del "Concepción", Sentencia de 5 de Junio de 1.963, también, de la Base Naval de Canarias (Revista Española Derecho Militar, tomo 17).

"Sent. 5 junio 1963 (Base Naval de Canarias).- Sobre las 11 horas del 16 de septiembre 1.961, el motovelero "Concepción" de la 3ª lista, de Las Palmas, al mando del patrón de bajura Francisco N.R., cuando iniciaba las faenas de preparación para la pesca, navegando proa al Sur, rumbo a la costa del Sahara español, con cerrazón de niebla, velocidad de cinco nudos aproximadamente y viento variable de 6 a 12 km. de fuerza, embarrancó en las proximidades de Morro de San Pedro (Agra de Caballo), ordenando el patrón virar a babor, no respondiendo a esta maniobra el buque, que se perdió con todos sus pertrechos y documentos, excepto el rol, salvándose a nado la dotación (Resultº D. El Patrón desconocía la verdadera situación del buque, ya que al producirse el siniestro creía se encontraba a cinco horas de la costa, cuando en realidad se hallaba en sus proximidades, debido a la corriente que empujaba hacia tierra; no llevaba cartas náuticas, y como precaución para la seguridad de la nave, efectuó sondeos cada quince minutos (Resultº II). El motovelero ha sido valorado en 1.400.000 pts. (Resultº III).- CG. Ordinario: absolvió. Voto Particular: Del Presidente, por entender que los hechos integraban un delito de varada con pérdida de buque por grave negligencia (59, 2º LPDMM.); inhabilitación para mando de buques.- Autoridad Judicial: Disintió; naufragio por negligencia, por efectuar el procesado una navegación para la que no tenía título profesional que le autorizara; tres meses arresto mayor, accesorias y responsabilidad civil.- Fiscal Togado: Conforme con el disenso, fundándose en el informe de los peritos, que aprecian "notoria impericia en la conducta del procesado, en

cuanto desconocía la situación del buque, carecía de conocimientos técnicos, llevaba un rumbo inadecuado y maniobró erróneamente". - Defensa: Absolución. - CSJM: Revoca, porque el examen de la prueba aportada a los autos, referido a las circunstancias de toda índole que concurrieron en el hecho, conduce a establecer que el procesado con título de patrón de bajura que sólo le autorizaba a navegar en aguas territoriales y trozo de costa determinado, al mando del motovelero "Concepción" efectuó navegación fuera de los indicados límites y, por falta de conocimientos técnicos, no pudo calcular la situación estimada de la nave ni, en consecuencia, adoptar las medidas precautorias que el caso requería, lo que dió lugar al accidente y que, al producirse, maniobró con notoria impericia, ordenando meter caña a babor -movimiento que echa al buque más a tierra- en lugar de hacerlo a estribor como la situación aconsejaba, circunstancias todas que ponen de manifiesto la "falta de prudencia en el obrar" determinante del siniestro", que inclinan a la Sala, de acuerdo con la tesis mantenida por el Excmo. Sr. Fiscal Togado, a que el disenso deba resolverse de acuerdo con el criterio mantenido por la Autoridad Judicial, revocando por tanto, el fallo del CG. (Considº II). Al encuadrar la situación delictiva contemplada en el ámbito de la LPDMM, es de tener en cuenta que, si bien el art. 74 de esta Ley sanciona a quienes, en el ejercicio del mando de una nave, traspasan los límites que autoriza el título de que se hallan en posesión, como en el presente caso, se ha producido el naufra-  
gio del buque en la mar mediando grave negligencia, pues en los autos hay elementos más que suficientes para estimar que "el pro-  
cesado obró despreocupadamente al asumir un cometido para el  
que no se halla capacitado, lo que dió lugar a que el buque advi-  
niera a la situación de peligro, evitable con un comportamiento  
verdaderamente prudente", en que se produjo el accidente, el hecho ha de ser calificado, por aplicación de la doctrina legal contenida en el art. 68 CP., como integrante del delito de naufragio por negligencia que prevé y sanciona el párrafo 2º del art. 59 de la ley citada, del que aparece responsable el concepto de autor el procesado en autos Francisco N.R., sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. (Considº III). Con-  
dena a dos meses y un día arresto mayor, accesoria de suspensión  
de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio duran-  
te el tiempo de la condena, y 1.400.000 pesetas de responsabilidad  
civil".

Son criterios destacables para su comentario, en esta sentencia, los siguientes:

19.- Trascendencia del informe pericial, cuando este llega incluso a pronunciarse sobre aspectos objetivos conductistas del agente: Significación profesional de la culpa.

El informe, obrante en la causa, hablaba de notoria impericia". Tal "impericia" se deduce de un desconocimiento de la situación del buque, carencia de conocimientos técnicos, mantenimiento de un rumbo inadecuado y maniobra errónea.

Observemos que ha habido una falta o delito previo determinante de la negligencia grave: el de intrusismo en funciones que exceden del ámbito de los conocimientos del patrón. La negligencia - omisión, por consiguiente, traspasa los límites de la esfera personal, para introducirse en la esfera profesional. Ahora bien, la sentencia no deduce la impericia de la categoría profesional, sino que la pone en relación con datos objetivos, causantes del naufragio: desconocimiento de la situación del buque, rumbo inadecuado y maniobra errónea. Por ello ha existido una temeridad previa por intrusismo y una actuación objetiva consecuente, de grave imprudencia; y decimos imprudencia porque a nosotros nos parece que el Consejo Supremo ha utilizado aquí la calificación "negligencia grave" en sentido genérico abstracto, incluyendo en su tipificación el naufragio culposo penal en su denominación más amplia.

20.- Distinción de una previa consideración de hecho y la subsiguiente de derecho, para calificar la gravedad culposa. De hecho, se considera el defecto, la ausencia de "medidas precautorias, que el caso requería, lo que dió lugar al accidente; y que, al producirse maniobró con notoria impericia, ordenando meter caña a babor -movimiento que echó el buque más a tierra- en lugar de hacerlo a estribor como la situación aconsejaba.

De derecho, tras la anterior descripción, tipifica la calificación, al decir: "circunstancias todas que ponen de manifiesto la falta de prudencia en el obrar, determinante del siniestro".

3º.- Delimitación de la conducta omisiva:

Queda por señalar la caracterización que el Tribunal hace de la omisión, que terminológicamente, parece rigurosa, al decir: "el procesado obró despreocupadamente al asumir un cometido para el que no se halla capacitado, lo que dió lugar a que el buque adviniera a la situación de peligro, evitable con un comportamiento "verdaderamente prudente".

Parece exigirse "verdadera prudencia". No creemos que "verdadera" tenga aquí un significado aumentativo equivalente a "amplia" o "gran". Antes, al contrario, pensamos que se califica la mínima prudencia, que no ha existido subjetivamente ("obrar despreocupadamente") ni objetivamente: falsa situación e incorrectos rumbo y maniobra.

c) Las sentencias, sobre negligencia grave en abordaje, dadas en nuestros Consejos de Guerra: Introducción.-

Deben, asimismo, recogerse aquí algunas sentencias dictadas en Consejo de Guerra por las Jurisdicciones de nuestras tres Zonas Marítimas. La mayoría de las mismas pertenecen a la Zona Marítima del Estrecho. De ellas recogemos el primer resultando y el considerando que nos parezca decisor del criterio que, sobre la negligencia en el abordaje, observan nuestros Tribunales. Advertimos, que no se fijarán las fechas de tales sentencias, y ello por dos razones: de una parte, porque lo que se pretende es un estudio

sistemático demostrativo de criterios generales y de otra, porque en la Jurisdicción de Marina no coinciden la fecha de la celebración del Consejo de Guerra, con la consiguiente redacción de la sentencia y su aprobación, que verifica la Superior Autoridad Jurisdiccional: Capitán General de cada Zona Marítima, lo que podría dar lugar a confusión. (-)

Además creemos que así debe hacerse, dado que cuando se cita jurisprudencia en sentido propio se hace básicamente partiendo de resoluciones o sentencias del Tribunal Supremo de Justicia o del Consejo Supremo de Justicia Militar. De ahí el valor informativo del presente estudio -no jurisprudencial- al que, de otro lado, hay que acudir necesariamente, como lo haremos más adelante con Sentencias de las Audiencias Provinciales y Territoriales y con los laudos arbitrales. Ello es lógico si se piensa lo muy restringido y casi nulo que sería el estudio exclusivo de las pocas sentencias que sobre abordaje han dictado los Altos Tribunales de la nación.

Veamos un conjunto de estas sentencias, que estudiaremos por los nombres de los buques, citando al buque abordador en primer lugar. Bajo esta referencia colocamos un comentario sobre su contenido, en términos generales, sin perjuicio de una ulterior consideración, tras el análisis de todas ellas.

El estudio no se hace citando el total de la sentencia, lógicamente. Únicamente se realiza un análisis de los hechos y, a continuación, se toman el o los considerandos continentales de la doctrina básica utilizable.

(-) Todas ellas, no obstante, pertenecen a los años 1960 y siguientes, siendo por tanto recientes y acomodadas a la L/22-12-1955.

Abordaje "Perla del Oceano" José Quintino.

Condena por grave negligencia

Falta de vigilancia

Tardío e ineficaz gobierno del buque abordador

Análisis de la Regla, 24 apartado b, en relación al principio "todo buque que alcance a otro se apartará de su de rrota".

Hechos.

Que el día 6 de Julio de 1.968, a sus 21'00 horas aproximadamente, cuando el pesquero llamado "Perla del Oceano", f.418 d la 3ª lista de Cádiz, al mando de su patrón, navegaba en demanda de pesquero en aguas de la bahía de Cádiz y situación Lt. N., 36º. 20', 7" y Lg. W., 6º, 30', 18", se apercibió de que por su banda de Br, y abriéndose unas dos cuartas la popa por su amura, a una distancia aproximada de 20 metros, se encontraba el pesquero "José Quintino", no pudiendo evitar, pese a parar y dar toda atrás, el abordarle por su banda de Br. causándole diversas averías en la obra muerta, cuya reparación fué valorada en la cantidad de 14.189 pesetas. El procesado no se apercibió antes de la presencia del "José Quintino" por ir vigilando la proa y el costado de Er., no así el de Br. que inspeccionaba en forma más esporádica por ir en dicho costado el práctico de pesca, quien al ir a marcha moderada, a rumbo aproximado S.33º, E., y observar a 13 cuartas a popa de su través y por su banda de Er., al "Perla del Oceano", no vió peligro al guño de colisión dada las anteriores circunstancias y los 300 metros que los separaban, independientemente de que por ser su buque el alcanzado era el otro el que tenía que maniobrarle, despreocupándose del mismo hasta verse sorprendido por la colisión.

El "Perla del Oceano" no sufrió daño alguno y ambas tripulaciones resultaron ilesas.

Fundamentos de Derecho.

CONSIDERANDO.- Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados en el Resultando primero de esta Sentencia,

son constitutivos de un delito de abordaje en la mar por grave negligencia, de los previstos y penados en el párrafo 2º del art. 59 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de cuyo delito aparece responsable en concepto de autor, por su participación personal, voluntaria y directa el procesado, patrón del pesquero "Perla del Oceano".

CONSIDERANDO.- Que ello es así desde el momento en que de la instrucción sumarial se desprende claramente que al ser avistado el "José Quintino por la "Perla del Oceano" a dos cuartas de su proa por la banda de Br. el primero avistó al segundo a 13 cuartas aproximadamente a popa de su través, encontrándose, por tanto, en situación y con la cualidad de buque alcanzado lo que obligaba al citado "Perla del Oceano" a gobernar al otro buque según lo ordenado por el apartado b) de la Regla 24 del Reglamento para la prevención de abordajes en la mar.

CONSIDERANDO.- Que si el patrón del "Perla del Oceano" no obedió el mandato de la Regla antes citada fué por su falta de vigilancia de la banda de Br. de aquél, lo que hizo que tan sólo lo abistara a 20 metros de distancia y dos cuartas por la amura de Br., siendo entonces, ya inevitable el accidente, cuando ordenó parar y dar atrás toda, falta de vigilancia ésta que a todas luces debe ser considerada como una negligencia de carácter grave.

Caso "Elviña" - "Anne Herfurth".

Absolución; en presunto delito de abordaje por grave negligencia.

Falta de prueba. Inexistencia de elementos de hecho que permitan conocer las derrotas de los buques, antes del accidente.

Hechos.

RESULTANDO.- 1º.- Que a las 03'50 horas del día 9 de noviembre de 1.966, cuando el pesquero denominado "Elviña" -folio 2.832 de la 3ª lista de La Coruña- al mando de un Patrón de pesca de altura navegaba en demanda del puerto de Ceuta, al llegar a la bocana del mismo, con poca máquina y todas las luces reglamentarias encendidas

e iniciar el viraje hacia su banda de estribor para librar la punta del espigón de Poniente, avistó a la motonave, de bandera holandesa, llamada "-Anne Herfurth", que, a poca velocidad, también con todas las luces reglamentarias encendidas y sin práctico a bordo, navegaba de salida del citado puerto, yendo a colisionar, dada la escasa distancia que separaba ambos buques, con su amura de estribor a la de babor del holandés, pese a que éste cayó a su banda de estribor y el "Elviña" a babor. A consecuencia del abordaje, el "Anne Herfurth" resultó con averías que han sido valoradas pericialmente en la cantidad de 350.000'00 pesetas -reclamando su Capitán la cantidad de 50.000'00 pesetas en concepto de indemnización por estadías-, indemne el pesquero "Elviña" e ilesas ambas tripulaciones.

CONSIDERANDO.- Que a juicio del Consejo de Guerra los hechos declarados probados, en el Resultando 1º de esta Sentencia, no permiten sea apreciada la comisión, por parte del procesado, del delito de abordaje por grave negligencia que se le imputa, en cuanto que, si bien fué correcta la maniobra realizada por el buque holandés "Anne Herguth" -que navegaba sin práctico a bordo-, también lo fué la de caer a babor del "Elviña" dado que, por la distancia escasa que lo separaba del otro buque y las características de su motor, el "parar y dar atrás toda" no hubiera evitado la colisión y sí aumentado el ángulo de incidencia de esta con una posible mayor gravedad de las averías resultantes, no apareciendo probada en autos la causa determinante del abordaje que es, en definitiva, las derrotas seguidas por ambos buques con anterioridad al momento de su avistamiento respectivo, constando tan sólo las versiones de los dos capitanes, naturalmente antagónicas.

#### Caso "Cristobal y Maruja" - "Kabu"

Absolución, en presunto delito de Abordaje en puerto por grave negligencia. Consideración de las precauciones suficientes para evitar el accidente, teniéndose en cuenta el viento y las distancias desde la toma de visibilidad recíproca a la maniobra y gobierno.



### Hechos.

Que el día 14 de septiembre de 1.966, a sus 18'30 horas, cuando el pesquero "Cristobal y Maruja", f.l.551 de la 3ª lista de Ceuta, inició en el puerto de la Albufera de Barbate de Franco la maniobra de desatraque del muelle nº 1 para dirigirse al muelle de ribera y atracar en la Fábrica de Hielo, su patrón, no pudo evitar, dada la gran cantidad de barcos que tenían atracados y abarloados unos a otros por su popa y la zona de fondo fangoso existente por su proa, rozar levemente a la embarcación de recreo de nacionalidad danesa denominada "Kabu" que se hallaba abarloada a los pesqueros "Maricarmen y "Fille". A consecuencia del abordaje el "Cristobal y Maruja" resultó indemne, y el "Kabu" sufrió diversas averías valoradas en la cantidad de 7.092 pesetas, que fueron abonadas por el armador del pesquero abordador al propietario del citado yate, renunciando éste a toda indemnización que en su día pudiera corresponderle.

CONSIDERANDO.- Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados en el Resultando 1º de esta Sentencia, en modo alguno permiten estimar cometido el delito perseguido en cuanto que de la instrucción sumarial se desprende que el procesado en autos tomó las debidas precauciones, realizando la maniobra con mínima marcha, prueba de lo cual fué la escasa entidad de las averías causadas al yate y máxime si se considera que por su condición de tal es una embarcación de construcción y resistencia no muy fuerte, así como que el abordaje tuvo lugar por el reducido espacio que tenía el pesquero para maniobrar y el viento del SE. reinante que reducía aún más este espacio al impulsar al "Cristobal y Maruja" hacia los barcos que tenía por su popa, circunstancia ésta que también fue prevista por el patrón procesado.

### Caso Campodarro - Zaragoza

Consideración "leve" de la negligencia, en su caso, y de parcial fuerza mayor, dada la prueba del cumplimiento de las prevenciones de la regla XVI del Reglamento y el análisis de las condiciones de maniobrabilidad.

Que el día 9 de Julio de 1.968, a sus 08'40 horas aproximadamente, cuando el b/t. "CAMPODARRO" se dirigía desde Escombreras a Sevilla al mando de su Capitán, navegando con niebla cerra

desde las 07'50 horas, al encontrarse en posición aproximada de 128º y 2'5 millas de Punta Europa, observó por la pantalla de radar colocada a escala 3 millas, se le acercaba un buque por Er. a unos 40º y distancia de 2'8 millas, que iba disminuyendo sin variar la marcación y que después resultó ser el también b/t. "ZARAGOZA" que procedía de la Refinería de Gibraltar y se dirigía a Sidon. El procesado mandó parar la máquina y emitir señales fónicas reglamentarias, pese a lo cual, y que a última hora mandó "toda adelante" y caña a Er., a pesar de lo cual no pudo evitar la colisión. Consta además que había adoptado las precauciones debidas, con respecto a marcha y vigilancia por serviolas. A consecuencia del accidente el "ZARAGOZA" resultó con daños inapreciables en su proa, renunciando la Empresa propietaria a formular cualquier reclamación a efecto. El "CAMPODARRO" resultó con averías que fueron valoradas en 2.250.000 pesetas como mínimo y 2.750.000 pesetas como máximo.

De la instrucción sumarial también se desprende que el b/ "ZARAGOZA" intentó evitar la colisión parando máquinas y dando "t da atrás.

CONSIDERANDO.- Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados en el Resultando Primero de esta Sentencia, no son constitutivos del delito de abordaje en la mar por grave negligencia, previsto y penado en el párrafo 2º del art. 59 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, desde el momento en que en la conducta del procesado no cabe apreciar la existencia del calificativo de grave que exige para la negligencia cometida el tipo delictivo en cuestión.

CONSIDERANDO.- Que de apreciar negligencia en el procesado está solo sería leve dado que cumplimentó el mandato básico contenido en la Regla XVI del Reglamento para la prevención de abordajes, de parar la máquina, emitiendo a su vez las señales reglamentarias fónicas comprendidas en la Regla XVI del mismo texto legal e incluso a última hora y ante lo inevitable de la colisión intentó disminuir ésta con una maniobra de emergencia como la de dar adelante toda máquina y meter toda la caña a Er.; siendo de considerar además que por la proximidad con que se avistaron ambos buques no cabía lógicamente, dada la escasa maniobrabilidad de los mismos, maniobra alguna que evitara el abordaje ocurrido.

CONSIDERANDO.- Que si bien en otras circunstancias de lugar y tiempo hubiera constituido una negligencia grave el no llevar el radar a escala superior a tres millas para así avisar a mayor distancia y determinar el rumbo seguido por el otro buque, en el ca-

so presente se estima no puede considerarse así dado que no hubiera sido posible este avistamiento a mayor distancia por hallarse entre ambos buques Punta Europa, ni tampoco aconsejable tal medida dada la proximidad con el "CAMPODARRO" de algunos pesqueros.

Caso "Nuevo Brisas de Laredo" - "Kichen".

Absolución en caso de un presunto delito de Abordaje por grave negligencia. Consideración de la toma de precauciones previas. Analisis de las prevenciones sobre colocación de serviolas.

Que el día 6 de noviembre de 1.964, siendo sus 03'15 horas, aproximadamente, cuando el pesquero "NUEVO BRISAS DE LAREDO" -folio 2324 de la 3ª Lista de Santander- al mando de su patrón, navegaba en demanda del puerto de Algeciras abordó en Ltd. N. 36º, 06,5 y Lgt. W. 5º, 25'5, tramo de costa comprendido entre Punta Carnero e Isla Verde, al bote "KICHEN", perteneciente al buque hidrografo de la Armada "TOFIÑO", que se hallaba fondeado en dicho lugar. El pesquero abordador navegaba a unos seis nudos y medios de velocidad, con todas sus luces reglamentarias encendidas, hallandose colocado en la proa del mismo dos serviolas o vigilantes, y en el puente el procesado y dos tripulantes más, todos ellos en misión de vigilancia por ser la primera vez que entraba en el puerto de Algeciras. El "KICHEN" que en ese momento tenía el correctímetro amarrado a su costado de Er., esperando que llegara la hora de efectuar nuevas mediciones, sólo se hallaba iluminado por un farol de petróleo amarrado sobre su cámara que llevaba encendido en forma continuada unas nueve horas aproximadamente; la luz del correctímetro se hallaba encendida, pero por sus características al ser de linterna, su colocación al estar embutida esta en el palo, con lo que el haz de luz lo proyectaba hacia arriba, y su funcionalidad no puede considerarse en modo alguno como integrante del sistema de iluminación del bote. Pese al farol de luz blanca y los gritos de la tripulación del bote abordado, ningún miembro de la dotación del "NUEVO BRISAS DE LAREDO" se apercibió de la presencia de aquel hasta tenerlo a una distancia reducidísima en que ya la colisión resultó inevitable.

A resultas de la colisión el "KICHEN" se hundió rápidamente, teniéndose que lanzar al agua sus siete tripulantes, siendo recogidos por el pesquero y trasladados al puerto de Algeciras; su tripulación resultó ilesa, excepción hecha del Cabo 1º J.G.O., que sufrió heridas gravísimas y la pérdida de la pierna izquierda en sus dos tercios inferiores, habiendo quedado, tras su curación inútil total para el servicio. Dicho Cabo ha sido indemnizado por la Cía Aseguradora del pesquero abordador, con la cantidad de 150.000 pesetas, renunciando a toda acción que pudiera corresponderle.

El bote "KICHEN" y sus pertrechos, tanto náuticos como hidrográficos, han sido pericialmente valorados en la cantidad de 399.049 pesetas...

...CONSIDERANDO.- Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados, en el 1º Resultando de esta Sentencia, en modo alguno son constitutivos del delito perseguido, en cuanto que del Sumario se desprende que el Patrón procesado no sólo adoptó las precauciones a que estaba obligado, sino que se excedió en su celo al colocar dos serviolas en la proa de su barco, siendo así que la mar estaba en calma y, aunque no había luna, existía buena visibilidad, debiéndose este exceso de celo no a que se aperci biera de ningún peligro inmediato sino a que era la primera vez que entraba en la bahía y puerto de Algeciras.

CONSIDERANDO.- Que el bote "KICHEN" al no estar en esos momentos dedicado a las faenas hidrográficas no le es de aplicación lo dispuesto en el apartado d) de la Regla II del Reglamento para prevenir los abordajes en la mar, y si lo dispuesto en el apartado a) de la Regla II del mismo Reglamento por lo que al estar iluminado con una luz blanca en su proa, cumplía las prescripciones de dicho apartado Regla y Reglamento aunque por ser de petróleo y el largo tiempo que llevaba encendida es de presumir que, dado el empañamiento del cristal protector por los humos desprendidos, no llegara a alcanzar su visibilidad la distancia ordenada de dos millas y sí una mucho menor.

CONSIDERANDO.- Que el accidente debió producirse no sólo por el disminuido alcance luminoso de la repetida luz de fondeo del "KICHEN", sino también por su proyección para el pesquero sobre el cercano fondo extremadamente luminoso del puerto de Algeciras y general de toda la bahía, confundiéndose aquella con éste.

Por último analicemos el caso de "VENTURA SEMPERE"-  
"JUAN Y. PACO" Sentencia de Consejo de Guerra en la Causa 208

de 1.963, en Sentencia de 20 de septiembre de 1.969...

...RESULTANDO 1º.- Que sobre las cinco horas, treinta minutos del día 5-12-63, siendo bueno el estado de la mar y viento, pero con visibilidad disminuida como consecuencia de la persistente llovizna que caía, el buque de pesca "VENTURA SEMPERE", folio 1756 de la 3ª lista de Almería, navegaba procedente de ese puerto -que había abandonado hacía unos 20 minutos- con rumbo S. cuarta al S.E. patroneado por el procesado, que personalmente elevaba la caña del timón del puente -en el que también se hallaba el contra-maestre-, no habiéndose establecido a bordo ningún servicio de ser violas ni la emisión de señales fónicas oportunas, a pesar de que el buque navegaba sin luz de tope y a unos 6 nudos de velocidad por paraje de bastante tránsito, como son las de proximidad a puerto, en condiciones de deficiente visibilidad. A esta misma hora, el también buque de pesca "JUAN Y PACO", folio 1701 de la misma 3ª lista, navegaba con rumbo S. cuarta SW. a la altura de la Central Térmica de Almería, en demanda de caladero, con su patrón, también procesado al timón y con dos hombres a popa, dedicados a hacer sonar una caracola. Este buque también navegaba sin luz de tope y sin un servicio de vigilancia responsablemente establecido.

Como las derrotas de ambos buques se cruzaban y, pues to que por la ausencia de la debida vigilancia no se avistaron con tiempo suficiente para evitar la colisión; esta se produjo, embistiendo la proa del "Ventura Sempere" el través de la banda de estribor del "Juan y Paco", produciéndose tal brecha que se hundió casi inmediatamente, con sus artes, pertrechos y documentación. El resto de la tripulación de este buque, que se hallaba descansando en el sollado, difícilmente pudo salvarse del peligro de hundirse con aquel y, desgraciadamente, no lo consiguieron los tripulantes Federico Segura Ferrer y Jacinto Molina López, los que, posteriormente fueron rescatados de las aguas y del casco del buque -que les aprisionaba en un fondo de unos veinte metros- muertos por asfixia aguda.

CONSIDERANDO PRIMERO. - Que los hechos narrados en el primer Resultando son constitutivos de un delito de Abordaje en la mar por GRAVE NEGLIGENCIA, previsto y penado en el párrafo 2º del artículo 59 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, pues si toda navegación marítima supone un riesgo real y permanente que ha de superarse con una exigente diligencia en el cumplimiento de las normas que conforman el arte de navegar, tal diligencia

ha de extremarse en los momentos en que aquel riesgo o peligro aparece con mayor entidad, lo que no sólo no hicieron ambos pro cesados en la noche o madrugada de autos, sino que, por el contrario, hicieron caso omiso de aquellas normas, como lo evidencia la falta de luz de tope en ambos pesqueros y la ausencia de una vigilancia medianamente adecuada y complementaria de quien ejerce el mando y gobierno del buque, máxime cuando el paraje por el que se navega y la circunstancia de la lluvia demandaban dicha especial atención, que, de haberse realizado, había servido para que los buques se avistaran con el resguardo suficiente para la adopción de las maniobras que hubieran evitado la colisión.

d) Conclusiones básicas del estudio jurisprudencial y de las sentencias de nuestros Consejos de Guerra: Crítica y justificación de los criterios de culpa y negligencia grave.

La primera consecuencia del análisis expuesto es la dificultad que entraña calibrar la gravedad de la negligencia causante de abordaje. El principio de causalidad base del derecho penal, y su proyección doctrinal (teorías de la causa adecuada, eficiente o final) choca con criterios extravoluntaristas del delito culposos y del delito de resultado, pero cuando -como en las causas técnicas- son las reglas de navegación las que es necesario interpretar unido al hecho de exigirse gravedad en la conducta profesional omisiva o imprudente del responsable de la dirección del buque en un momento dado la prueba de la culpa penal, catalogable como delito, es difícil. Cabría decir que, aún en los casos que culminan en condena, junto a la palpable realidad de una maniobra o actuación negligente, es necesario acudir a presupuestos de hecho. La total inexistencia de presunciones en Derecho penal conatural a un cuerpo de leyes que encuentra toda su razón procesal en la objetividad de lo acaecido, se fortalece en el delito culposos de abordaje, dando lugar al alto porcentaje de absoluciones que surgen de sentencias que visan procesos en las que los informes periciales han dictaminado negligencia o imprudencia, pero sin determinar su gravedad, el grado que hace nacer el delito de abordaje como tal, que no puede probarse en muchos casos. En la mar no hay más testigos que los propios interesados. Además, casi nunca queda clara la acción u omisión plenamente culposa. Considerese que el Reglamento de abordajes existe para "prevenir", es una norma típica para encuadrarse como fundamento de medidas de seguridad técnicas;

por ello la violación de sus normas siempre es parcial y sujeta a interpretación en cada caso concreto. Un Reglamento supeditado a una ciencia) la ciencia de la navegación, es, a veces, más criterio de operación que norma de actividad. Su regla 27 expone la necesidad de tener en cuenta "todas las circunstancias particulares, incluso las que momentaneamente afecten a los buques e hidroaviones que intervengan, las cuales pueden obligar a apartarse de los anteriores artículos para evitar un peligro inmediato. Esta norma es un auténtico arbitraje de equidad en favor del Capitán o patrón, justa norma, que define la importancia de toda regla general.

Pensamos que la interpretación del capítulo V, de la Ley penal y disciplinaria de la Marina Mercante es más que penal, o mejor, antes que penal, nautica. En este y otros puntos, radica la razón de ser de los Tribunales Marítimos y, en España, de la Jurisdicción de Marina.

Vista la dificultad de calificación de una negligencia como grave, cabe preguntarse si la negligencia simple está excluida a efectos de calificación delictiva. O sea: si el párrafo 2º del artículo 565, a cuyo tenor "Al que con infracción de reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor", es aplicable, a estos casos, o nó.

La cuestión no creemos que se haya planteado de forma alternativa en la jurisprudencia, aunque, como se deduce de las sentencias analizadas hojas atrás, si parece existir un criterio restrictivo, criterio del que, respetuosamente, en el area doctrinal, disentimos en parte, si bien compartimos su aspecto finalista.



De la jurisprudencia analizada se deduce que la falta de prueba de una negligencia de carácter grave, impide la calificación del delito como delito de abordaje, de los artículos 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. En estos casos, el tribunal, aún en el supuesto de que aprecie negligencia simple o leve, absuelve al capitán, patrón o inculpado de la dotación; y no conocemos sentencias que condenen al sujeto activo que obra con simple negligencia, como resultado de la cual se produce abordaje por el tenor del artículo 565, párrafo 2º del Código Penal, o, en su caso, por la falta del artículo 586, 3º o por la del art. 600, ambos asimismo del Código Penal.

Puede argüirse que el legislador de 1.955, en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, al tipificar en los artículos 59 y 60 de la ley los delitos de abordaje y naufragio o la destrucción de un buque por entero, o la varada del artículo 61; todos ellos en su naturaleza culposa, de los párrafos segundos respectivos de tales preceptos; ha querido excluir de consideración delictiva los accidentes marítimos debidos a negligencia no grave, a simple o incluso leve negligencia. Pero nosotros creemos que esto es cierto sólo en parte.

Lo que el legislador dice en el Capítulo V de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante es que el delito culposamente "de abordaje", "el de naufragio", "el de varada", etc. precisan negligencia o imprudencia grave, sin que ello signifique que la simple quede exculpada plenamente, cuando conduce al accidente marítimo. Lo que ocurre es que cambia el tipo: si como consecuencia de simple negligencia se produce un accidente marítimo, el capitán, patrón o miembro de la dotación responsable de esa

simple negligencia y, por consiguiente, causa del abordaje, deberá responder de un delito consumado, autónomo de los del artículo 565 del Código Penal; no deberá ser condenado por delito de abordaje, naufragio, etc., pero si su conducta se tipifica como tal, deberá ser considerado sujeto activo de un delito de imprudencia, o de una falta de lesiones (si las hubiese) o de daños.

Lo cierto es que la interpretación práctica de nuestra jurisprudencia tiende a la absolución, a falta de grave negligencia. Entiendo que no es una posición gratuita y es claro su fundamento. No parece que el Código Penal se deba dejar de aplicar en la mar caprichosamente, pero al existir una legislación especial que crea la "culpa nautica", no es absurdo extender el "in dubio pro reo" y, por principios de profesionalidad, interpretar el Capítulo V de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, en sentido restrictivo. Ahora bien, esa interpretación ni debe, ni puede basarse en principios puramente doctrinales, dado que taxativamente no es una ley posterior, derogadora del Código Penal para la "culpa náutica", la que analizamos. La ley define los delitos culposos de abordaje, naufragio, etc., pero no deroga, no puede derogar el delito común de imprudencia ni el libro III del Código Penal; al referirse a hechos cometidos a bordo de esa continuación de territorio nacional que es el buque. Hay otra razón, poderosa razón, para impulsar este criterio, es la razón político-criminal. El Derecho penal, no lo olvidemos, tiene dos vertientes: la dogmático-jurídica y la político-criminal; y cuando el Derecho penal se proyecta sobre una legislación especial que, como en el caso de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, tiene mucho de prevención especial, los principios político-criminales adquieren -si cabe- mayor relevancia que los que sirven para interpretar los preceptos del Código Penal común,

al observar la mens legislatoris. Si a ello añadimos la trascendental misión del arbitrio judicial en las jurisdicciones militares y, sobre todo, la peculiarísima condición de los que podríamos denominar "delitos profesionales náuticos", se asimilará mejor y más acertadamente una jurisprudencia lógica y político-criminal, antes que literalista. Aquí más que nunca la prueba de la culpa penal se complica y extiende y las circunstancias de hecho de cada caso concreto deben observarse mirando, tanto la letra de la ley, como al Capitán en el puente, en alta mar y con la niebla densa. No se trata de ver en la Jurisdicción de Marina un angel de la guarda, tutor del marino mercante; se trata, llana y simplemente, de aplicar rigidamente los principios de la prueba en materia penal, de patentizar la ineficacia de las presunciones, a efectos de prueba de delito o falta y de entender que la especialidad de una legislación mira en la mente del legislador, todo el ámbito de punibilidad que necesita. Sólo una analítica jurisprudencia podrá dejar perfectamente claras las relaciones entre el artículo 565 y las culpas náuticas en el ambito penal.

No puede aducirse el criterio de atipicidad, en la utilización del art. 565. Lo atípico delictivo surge cuando no existe el supuesto doloso de los mismos hechos. Cuando en la abstracta definición de imprudencia el artículo 565 emplea la frase "que si mediare malicia constituiría delito", esta pensando en la necesaria restricción de los tipos culposos a las figuras delictuales acufadas en nuestra legislación. En el presente caso no ampliamos el campo de la culpa, delimitamos sus supuestos.

Lo ideal, realistamente, es posible que fuera volver, en este punto, a la antigua calificación por el resultado, prescindiendo en cierto modo de graduaciones de culpa. En el actual sistema la vía de arbitrio judicial canalizará las apreciaciones conductistas en el obrar del capitán, patrón, práctico, etc. Su función de-

be partir de la ley especial, pero dogmáticamente, insistimos, no puede prescindir de la negligencia o imprudencia simple, no grave, con resultado de abordaje.

Se nos puede objetar que el problema no se ha de desligar de un elemento esencial del delito y del precepto que lo tipifica: el elemento de punibilidad. El delito de imprudencia temeraria y el de imprudencia simple con infracción de reglamentos muestran penas privativas de libertad tan graves como las de los abordajes, varadas o naufragios culposos. Aquellos pueden entenderse incluídos como modelos constitutivos de la gravedad que parece exigir la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante; pero la simple negligencia y la simple imprudencia, constitutivas de falta (arts. 586 y 600 del Código Penal); caerían en todo caso fuera de la contemplación de la ley especial y, por tanto, en un criterio totalmente restrictivo impunes. Incluso, al no estar definido lo que ha de entenderse por "grave", en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, algunas negligencias e imprudencias infractoras del Reglamento de prevención quedarían asimismo impunes con la restricción. De aquí que es tanto desde el punto de vista del Juez como del legislador, como creemos que cabe plantearse la cuestión.

Otro aspecto sería el de la responsabilidad civil -a veces muy cuantiosa- que se deriva de la penal. De todos es conocida la previsión que todo marino mercante suele tener en tratar de convertir en total o parcialmente inembargable su patrimonio, en el ámbito de lo posible. Pero esta cuestión -que no es de este lugar- no debe arguirse en cuanto que su resolución puede tener cauces más comprensivos en la esfera laboral, en la del seguro o en la aplicación de una normativa especial.

Asimismo, otro problema, planteado, analítica y ponderadamente, por la Memoria de Fiscalía de la Jurisdicción de la Zona Marítima del Cantábrico, de 1.968; es el de la coincidencia de otros resultados delictivos con el abordaje cometido por imprudencia. (15)

Por la estructura dada a este trabajo será tratados en el estudio de la imprudencia, que verificaremos a continuación.

-----

(15) El contenido de dicha Memoria, en lo que atañe a este estudio se realizará en sucesivos apartados de este trabajo.

## EL ABORDAJE COMO DELITO CULPOSO

(Continuación)

### IV La imprudencia en el abordaje

- a) Generalidades
- b) Tipos de imprudencia reconocidos como susceptibles de integrarse en los artículos 59 y 60 de la L.P.D.M.M.
- c) El problema en la doctrina.
- d) Análisis jurisprudencial.
  - a') Evolución histórica: Sentencias del Consejo Supremo de Guerra y Marina.
  - b') Criterios imperantes en las SS. del Consejo Supremo de Justicia Militar.
  - c') Sentencias de nuestros Consejos de Guerra.
- e) La aplicabilidad del art. 565 en supuestos de abordaje culposo.
  - 1) Generalidades.
  - 2) La Memoria de la Fiscalía de la Zona Marítima del Cantábrico en 1.968.- Consideración parcial.
  - 3) Otros problemas suscitados en dicha Memoria.
    - a'') El abordaje culposo y el concurso de delitos.
    - b'') La profesionalidad en la L.P.D.M.M.
- f) Imprudencia, impericia y error náutico.
- g) Conclusiones del análisis de la imprudencia causante de abordaje culposo.-

#### IV La imprudencia en el abordaje.-

##### a) Generalidades.-

Frente a la negligencia, forma causal omisiva, aparece la imprudencia o forma activa de la acción culposa. No insistiremos aquí en la justificación de su estudio autónomo, por haber afirmado anteriormente su alcance meramente sistemático.

La definición de imprudencia se ha venido formulando desde, varios puntos de vista, para justificar su punibilidad:

-) Como actuación con falta de previsibilidad de las consecuencias dañosas de un acto lícito en sí: punibilidad en razón a la imprevisibilidad (penalistas clásicos y escuela intermedia: Carrara, Mancini, Alimena, etc.)

-) Como acción contraria, aún inconscientemente, a la disciplina social, que expresa una personalidad peligrosa para cuya punición no bastan las sanciones privadas-civiles o disciplina social, que expresa una personalidad peligrosa, para cuya punición no bastan las sanciones privadas-civiles o disciplinarias y administrativas (Ferri, Garófalo y la escuela positiva).

-) Como no impedimento voluntario y consiguiente causación de un resultado no previsto pero si previsible (Liszt y Binding).

Muchas otras concepciones teóricas y de escuela podríamos citar, pero no es este el lugar de extendernos en su estudio. De entre las expuestas destaca ya una nítida diferenciación: la concepción de Carrara fusiona la visión de imprudencia y negli-

gencia, entendiendo lo culposo como omisión de diligencia debida, voluntariamente. Aunque no abiertamente, las teorías, o se abren a ambos campos -activo u omisivo- o se centran en la imprudencia-acción o culpa-acción.

Una vez examinada la necesidad de acción (u omisión, ya tratada) las doctrinas penales enlazan siempre directamente con las teorías de la causalidad exigiendo la relación directa entre el resultado dañoso y la conducta culposa. En este punto la doctrina jurisprudencial española no ha sido muy explícita. No obstante, el profesor Del Rosal (16) ha resumido claramente los caracteres de la relación causal en la doctrina de nuestro alto tribunal:

- ) Conexión directa entre el mal realizado y la acción u omisión; conexión asimismo inmediata y completa.
- ) Causa moral, eficiente e inmediata de la misma.
- ) Natural desviación de la interferencia y del criterio de la equivalencia de condiciones.
- ) Distinción entre causa y condiciones y apreciación de circunstancias concurrentes.
- ) Distinción entre causa y condiciones y apreciación de circunstancias concurrentes.

Queda un aspecto latente silenciado, quizás la raíz de todo el fundamento de la incriminación culposa: la voluntariedad de la acción.

-----

(16) Del Rosal: "Comentarios a la doctrina del Tribunal Supremo", 1.952; página 340



En otro lugar, al hablar de culpa penal y culpa civil, decíamos que el ámbito de lo culposo partió de avoluntariedad en el fin y voluntariedad en el medio. Allí aludíamos a la vigencia de las teorías de la previsibilidad o imprevisibilidad del efecto de la acción. Pero vinculados ahora exclusivamente al núcleo de lo criminal, observemos el postulado de las teorías finalistas, que partiendo de la "patente posibilidad de resultado" establecen que "en la imprudencia hay consecuencias no finalistas de una acción finalista". Llegar como Welzel a observar esa finalidad potencial de la acción culposa, o como Maurach a equiparar el contenido de ambas formas de voluntad (dolosa y culposa), diferenciándolas sólo en su tipicidad, es, no solo una defensa del paradigma positivista, un hacer posible lo que es necesario, negando la exclusividad de la voluntad en la acción antijurídica, sino también un punto de partida pragmático en el sector culposo-marítimo, si bien como ficción.

b) Tipos de imprudencia reconocidos como susceptibles de integrarse en los artículos 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.-

Copiemos literalmente, de nuevo, ambos preceptos.

Art. 59. "El abordaje, el naufragio o la destrucción de un buque realizado intencionadamente en la mar, aún con anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión mayor.

Si el delito se cometiese por grave negligencia o imprudencia la pena será de arresto mayor a prisión menor o inhabilitación para mandos de buques".

Art. 60. "El abordaje, naufragio o destrucción de un buque causado intencionadamente en puerto, aún con la anuencia de su propietario o armador, se castigará con la pena de presidio mayor a reclusión menor.

Si el delito se cometiera por grave negligencia o imprudencia, la pena será de arresto mayor o inhabilitación para mandos de buques hasta dos años".

Los párrafos segundos de ambos preceptos comienzan diciendo: "Si el delito se cometiese por grave negligencia o imprudencia, la pena...

El legislador ha calificado la negligencia como grave, pero no así la imprudencia. Cabe pensar ante ello:

1º) El legislador admite solamente la negligencia grave o cualquier tipo de imprudencia, con indeterminación de su grado, para tipificar el delito.

2º) El legislador ha omitido la calificación de la imprudencia por considerar que negligencia e imprudencia son dos caras de la misma moneda, y, al calificar la negligencia de grave, la conjunción disyuntiva "o" hace que el calificativo se extienda también a la imprudencia, aunque gramaticalmente resulte a pie forzado y poco claro.

3º) El legislador no se decide a calificar el grado de intensidad cualitativa o cuantitativa de la imprudencia y abandona al arbitrio judicial el reconocimiento de la misma como suficiente o no para tipificar el delito en cada caso concreto.

Estas son, desde nuestro punto de vista, las tres posibilidades. Adelantemos ideas diciendo que nos inclinamos abiertamen-

te por la segunda de ellas: la tácita equiparación en el grado, la necesidad de gravedad en la conducta imprudente, deducible del espíritu de las normas.

No cabe pensar que la ley observe la posibilidad de comisión del delito por simple imprudencia, que en el Código Penal tipifica la falta de lesiones en el párrafo 3º del art. 586, precepto este reformado por la Ley 3/1.967 de 8 de abril, pero que en la redacción originaria planteaba idéntica disyuntiva (17); y que, por tanto, pudo tener el legislador de 1.955 a la vista.

Paradójicamente, en dicho precepto la disyuntiva se plantea a la inversa al hablar de simple imprudencia o negligencia; de donde se deduce que para el Código Penal la negligencia "grave" sería equiparable a la imprudencia temeraria o con infracción de reglamentos, dado que la negligencia sin calificativo de magnitud se equipara en el citado art. 586 a la imprudencia "sin cometer infracción de los reglamentos".

Lógicamente, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante no puede estar pensando, al crear la forma de negligencia "grave", en equipararla a la imprudencia "simple", sin infracción de reglamentos que en el cuerpo penal básico de normas -a. 586- que debe ser base de interpretación en su totalidad (aunque de ma-

-----  
(17) A. 586, 3º Redacción actual: 3º Los que, por simple imprudencia o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causaron un mal a las personas que, sin mediar malicia constituiría delito, y los que por cualquier clase de imprudencia causasen un mal a las personas que, si mediare malicia constituiría falta.

Las infracciones penadas en el párrafo tercero de este artículo, cometidas con vehículo de motor, llevarán aparejada además la privación del permiso de conducción por tiempo de uno a tres meses. Redacción anterior a la reforma de 1.967.

3º. Los que por simple imprudencia o por negligencia sin cometer infracción de los reglamentos, causaren un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría delito o falta.

-----

nera expresa sólo sea Derecho supletorio su libro I) (18), únicamente tipifica falta.

c) El problema en la doctrina. -

La nada numerosa doctrina española en la materia, desde el ángulo penal, no suele plantearse sino los tipos de imprudencia que se admiten por los preceptos en estudio, dando por sentado que estos tipos son los de temeraria y simple con infracción de reglamentos.

Así, por ejemplo, Ogayar (19) afirma: "El hecho del abordaje es un accidente de circulación marítima, originado, más que por la omisión estricta de diligencia, por la infracción del precepto reglamentario o de la práctica náutica de uso general, lo que implica culpa, al presumir un fallo del elemento humano. Es el delito de imprudencia del Código Penal Común".

Y más adelante añade: "Siempre hay una presunción de culpa o negligencia, y para concretarla o destruirla es preciso investigar si existió o no realmente la colisión y si esta, por las circunstancias en que se produjo, constituye o no delito"

-----

(18) Art. 1, párrafo 2º de la L.P.D.M.Merc.

Los preceptos del Libro primero del Código Penal tienen carácter supletorio en lo que de modo expreso no esté regulado por este Título.

(19) Ogayar Ayllón, " Responsabilidades que origina el abordaje y su efectividad", en Revista Española de Derecho Marítimo, 1.966; páginas 65 y sigs.

Al equiparar el abordaje delictivo al delito de imprudencia punible genérico del Código Penal se formula pues por el Magistrado del Tribunal Supremo la necesaria paridad de tipos de imprudencia.

En el mismo sentido opina Orcasitas en sus dos citadas obras, incluso de forma aparentemente restrictiva, pues el problema que plantea es el de si al emplearse el calificativo de "grave" -que por supuesto, siguiendo el criterio general, extiende a la imprudencia- piensa el legislador solamente en la "temeraria" o también en la "con infracción de reglamentos", para concluir afirmando su extensión a ambas. Dice así el citado Coronel Auditor de la Armada:

"¿Existe correspondencia entre esta clasificación y la del Código Penal del fuero común? Para nosotros es indudable que la grave negligencia o imprudencia tanto puede equivaler a la imprudencia temeraria como a la simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos, pues si bien la palabra "grave" parece ser contradictoria con la de "simple" imprudencia o negligencia, el sólo hecho de la inobservancia de los reglamentos en un delito, como el que se considera, de predominante carácter profesional, implica una voluntad desobediente a las normas que rigen y hacen posible la actividad marítima, de suficiente trascendencia como para reputar el aludido hecho como grave. Téngase en cuenta que en la inmensa mayoría de los casos sancionados, los accidentes sobrevinieron no por temeridad de los Capitanes, sino por la inobservancia o errónea aplicación de las normas sobre el tráfico marítimo!

Parecidos criterios pueden deducirse de la obra de Garibi (20), aunque desde puntos de vista predominantemente náuticos. También en Gutierrez de la Cámara ("Las responsabilidades del abordaje delictivo, Madrid 1.950). En un plano de mera alusión al proble-

-----  
(20) José María Garibi: "El siniestro de colisión náutica en la práctica marítima," Madrid, 1.958.

ma se encuentran también asertos similares en los tratamientos que del abordaje en el aspecto mercantil hacen los especialistas de la materia.

d) Análisis jurisprudencial.

(a') Evolución histórica.

Sentencias del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

(b') Criterios imperantes en las SS. del Consejo Supremo de Justicia Militar.

(c') Sentencias de nuestros Consejeros de Guerra.

El tratamiento es siempre tendente a exigir gravedad en la imprudencia y a extender esta, a efectos de tipificar el delito, a las dos formas del art. 565: temeraria y simple con infracción de reglamentos.

El problema se plantea ya a la luz de la jurisprudencia anterior a la primera Ley Penal de la Marina Mercante de 7 de Noviembre de 1.923. Piensese que esta ley hablaba sólomente del abordaje producido "por negligencia o temeridad", lo vamos a examinar terminológicamente a través de sentencias del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

"RESULTANDO que el 15 de julio de 1.908 el vapor inglés Cortés navegaba por la ría de Bilbao hacia el mar, unido por un cable desde la proa al remolcador Aitor-Mendi, que le auxiliaba en sus movimientos, cuando el procesado, que mandaba la lancha de pesca "Elche Colti" y navegaba en la misma dirección, solicitó de los tripulantes de dicho vapor que le dieran remolque, cuya petición le fué negada, por lo que largó un chicote desde la lancha al remolcador, rogando que lo amarrasen por la popa, como así lo hizo un fogonero del "Aitor-Mendi", continuando en esta forma los tres buques durante más de diez minutos, hasta que llegó un mo-

mento en que el remolcador tuvo que meter sobre estribor para enfilarse al Cortés, sin que oportunamente se diera cuenta de este movimiento al Patrón de la lancha, la cual quedó atravesado entre el "Aitor-Mendi" y el vapor, alcanzándole la proa de éste y quedando dividida en dos pedazos la "Elche-Colti" por efecto del abordaje, no obstante haberse soltado el chicote desde el remolcador para evitar el accidente, como consecuencia del cual se perdió la lancha!"....

"RESULTANDO que el Consejo de Guerra celebrado en Ferrol el 14 de Noviembre de 1.909 dictó sentencia declarando que los hechos de autos son consecuencia de un accidente fortuito"...

"CONSIDERANDO que de las diligencias practicadas en el plenario aparece probado que a reiteradas instancias del Patrón, M.C. navegó el buque que mandaba en condiciones peligrosas, pues según resulta de autos, durante el remolque tenía la lancha su popa sobre la armadura de babor del "Cortés" y el resto de la eslopa se hallaba entre el citado vapor y el "Aitor-Mendi", sin que durante la virada en que se produjo el abordaje gobernara la lancha a babor, en vista de que el "Cortés", empezaba a guñar sobre estribor, con cuya maniobra se hubiera evitado el accidente, según se afirma en el informe pericial....

"Se revoca la sentencia dictada por el Consejo de Guerra y se condena a M.C.L., como responsable en concepto de autor, por imprudencia temeraria, y sin circunstancias modificativas, de un delito de daños cuyo importe excede de 50 y no pasa de 2.000 pesetas, previsto y penado en el artículo 581 del Código Penal ordinario, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, que llevará consigo la suspensión de todo cargo y del derecho de sufragio durante dicho tiempo, deviendo indemnizar en la cantidad de cinco pesetas a cada uno de los tripulantes perjudicados que no han renunciado a dicho beneficio".

Observese como se califica como imprudencia temeraria, con resultado de daños, del Código Penal común, entendiendo como temeridad una maniobra en última instancia, en cierto modo contraria a reglas de navegación y basando el fallo en la imprudencia en la forma del tren de remolque.



Otra sentencia aplica el art. 18 del Reglamento de abordajes de 1.897 (24 de Marzo); y condena por imprudencia con infracción de reglamentos, es la de 26 de septiembre de 1.910.

"RESULTANDO que en la noche del 19 de septiembre de 1.908 se produjo un abordaje entre los vapores de pesca "Sirena y Victorina" al entrar este buque y salir aquel del puerto de La Coruña, a consecuencia de cuyo accidente naufragó el "Victorina", e instruidas las diligencias que previene el artículo 215 de la Instrucción de 4 de julio de 1.873 y examinadas facultativamente por la Junata de Capitanes, reunida en La Coruña bajo la presidencia del Comandante de Marina, acordó, por unanimidad, que había lugar a formación de causa contra el Patrón del Sirena, por entender que no debió gobernar como lo hizo, sino seguir su rumbo o caer sobre estribor, que es lo dispuesto en el Reglamento para evitar abordajes en el mar, con cuyo dictamen por los mismos fundamentos, y también por unanimidad, estuvo conforme la Junta de Jefes celebrada en Ferrol, y más tarde, el Comandante General del Apostadero, que acordó la formación de causa...

"CONSIDERANDO que de las diligencias practicadas en autos se deduce que ambos buques debían navegar enfilados, o casi enfilados, y de vuelta encontrada, por lo que era de forzosa aplicación lo que dispone el artículo 18 del Reglamento para evitar abordajes en la mar de 24 de marzo de 1.897 y al no cumplir el Patrón del "Sirena" lo prevenido en el primer inciso de dicho artículo neutralizó el efecto de la acertada maniobra efectuada por el "Victorina" y fué causa del siniestro....

"Se revoca la sentencia del Consejo de Guerra, que absolvió al encargado A.V.B. y se condena a este individuo, como responsable en concepto de autor de un delito de daños por simple imprudencia, con infracción de Reglamentos, sin circunstancias modificativas, comprendido en el artículo 581 (párrafo segundo) del Código Penal ordinario....

Y muy interesante es la de 18 de noviembre de 1.910, que condena por "simple imprudencia o negligencia, con infrac-

ción de reglamentos; mostrandole total equiparación que luego había de prevalecer en la legislación vigente:

"RESULTANDO que el 10 de enero del año 1.909, próximamente a las siete y media de la tarde, salía del puerto de La Coruña el remolcador de guerra "Antelo", y al divisar que el vapor de pesca "Iris" navegaba en dirección contraria y al parecer con propósito de cortarle la proa, dió una pitada, a que el "Iris" no respondió con maniobra alguna, por lo que repitió por dos veces el aviso, sin que el vapor rectificara su rumbo, y como quiera que ambos buques se llegaron a encontrar tan próximos que era ya inevitable el abordaje, el Patrón del "Antelo" mandó dar máquina atrás, a pesar de lo cual no pudo evitarse el choque e inmediato naufragio del "Iris", en que pereció ahogado su fogonero E. C.;...

RESULTANDO que el Consejo de Guerra reunido en Ferrol el 11 de Junio del presente año dictó sentencia en la que se declara que los hechos de autos obedecieron a accidente fortuito....

CONSIDERANDO que no son verosímiles las manifestaciones que hace el procesado respecto a que desde que se oyeron a bordo las pitadas del remolcador hasta que vió por estribor las luces rojas y de tope de este buque no hubo tiempo bastante para maniobrar y evitar el abordaje, que inmediatamente se produjo, pues todos los testigos presenciales están de acuerdo en el que el "Antelo" navegaba con velocidad moderada; la noche, aunque sin luna, era clara, y tanto el viento como el mar se hallaban en calma, y en el dictamen de los peritos se hacen afirmaciones concretas acerca de la causa del abordaje, que ocurrió, en opinión de los facultativos, por las maniobras del Patrón del "Iris":

Vistos los artículos 19 y 21 del Reglamento para evitar abordajes en el mar y los artículos 19, 69, 11, 13, 18, 49, 50, 62, 90, 121, 419, 579, 581 y demás de general aplicación del Código Penal ordinario.

Se revoca la sentencia del Consejo de Guerra y condena a E. V. M. P., como responsable en concepto de autor, y sin circunstancias modificativas, de dos delitos, uno de homicidio y otro de daños cometidos por simple imprudencia o negligencia, con infracción de Reglamentos...

Excepcionalmente en el abordaje "San José-San Fernando"

(Sent<sup>a</sup> del C.S.J.M. de 24 de junio de 1.912), se nos hablará de "delito de daños cometido por imprudencia simple", aunque lo cierto es que está patente la infracción de reglamentos, no citada en la resolución, por llevar el "San Fernando" en el momento de la colisión las luces apagadas, navegando por la ría de Huelva.

b') Criterios imperantes en las SS. del C.S.J.M. y en las de nuestros Consejos de Guerra.

Fundamentalmente son paralelos a los analizados del C. Supremo de Guerra y Marina, o lo que es lo mismo:

1º) Requerir gravedad en la imprudencia, entendiendo por tal que sea calificable como "temeraria" o "con infracción de reglamentos".

2º) Personalización de la culpa en el capitán o patrón, en una especie de generalización del criterio "in vigilando".

3º) Aplicación casi exclusiva de la normativa de la L.P.D.M. Merc., con utilización meramente interpretativa del Código Penal.

Muy completa es la Sentencia dictada el 28 de Enero de 1.959 en el Departamento Marítimo del Ferrol, referente al abordaje entre el "Aurora" y "El Puerto de Pajares". Dicha Sentencia fue objeto de ratificación por el Consejo Supremo de Justicia Militar y en ella figura la postura de la Fiscalía Togada de la Armada en orden al entendimiento que debe darse a la imprudencia a la que se refiere el párrafo 2º del artículo 59 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Dado el interés que ofrece esta Sentencia y teniendo en cuenta que en el abordaje que analiza se

dan los requisitos más típicos culposos y sobre todo que pueden observarse todos los caminos procesales en su total extensión, dentro del ámbito de la Jurisdicción de Marina, tomaremos la referencia prácticamente en su totalidad:

"Sent. 28 de enero 1959 (Departamento Marítimo de El Ferrol del Caudillo)

A las 20'30 horas del 17 de octubre 1956, con ocasión de navegar procedente de la mar, habiendo hecho escala inmediatamente antes en el Puerto de Pravia, en demanda de la Ría de Bilbao, el buque de 692 toneladas "Aurora", bajo el mando del Capitán don L.E.B., procesado en autos, con poca visibilidad y con sus luces de situación encendidas, teniendo por su banda de estribor la escollera del rompeolas exterior de dicha Ría, avistó, a una distancia no inferior a 250 metros, al buque "Puerto de Pajares" de 617 toneladas, con sus luces de situación también encendidas y bajo el mando de don C.G.M.T., hoy fallecido, que salía de dicha Ría, con rumbo encontrado o que se cruzaba con el primero maniobrando el "Aurora" cayendo a babor, cuando el "Puerto de Pajares" le había indicado, mediante la correspondiente pitada corta, que caía a estribor, como lo hizo (Resultando I). Poco después de la maniobra inicial del "Aurora" que queda indicada de caer a babor, el "Puerto de Pajares", a su vez, inició su caída a babor, produciéndose la colisión de ambos buques al ser abordado este último por su costado de babor a la altura de su bodega núm. 2 por el "Aurora", lo que determinó el hundimiento del "Puerto de Pajares" (Resultando II). "El Puerto de Pajares", en la fecha del hundimiento, fue tasado en 13.500.000 pesetas, no habiéndose determinado en el procedimiento el importe de las averías ocasionadas al "Aurora", valor de los efectos perdidos por la tripulación del "Puerto de Pajares" con motivo de su hundimiento ni el combustible y efectos de consumo de dicho buque. Tampoco se acreditan en autos pericialmente los perjuicios sufridos por los armadores del buque "Aurora" con ocasión del accidente (Resultando III). El procesado fué condenado con anterioridad a la fecha de autos a la pena de un año de prisión menor por el delito de auxilio a la rebelión (Resultando IV).

CONSEJO DE GUERRA ORDINARIO : Abordaje en la mar por imprudencia (párrafo 2º art. 59 Ley Penal y Disciplinaria Marina Mercante), autor el procesado don L.E.B., ya que al avistar el

"Puerto de Pajares" cayó a babor con el buque "Aurora" que mandaba, siendo así que su única maniobra correcta era dar atrás, dada la situación en que se encontraba, infringiendo, por tanto, el apartado a) del 18, párrafo 1º/22 y 23 del vigente Reglamento para provenir abordaje, o el 19/22, 23, 25 apartado b) y 27 del repetido Reglamento, originando asimismo el confusionismo que indujo al Capitán del "Puerto de Pajares" a caer ulteriormente en su banda de estribor, maniobra que igualmente se estima incorrecta; con la agravante de reiteración (10, 14ª CP), se le condena a un mes y un día inhabilitación para mandos de buques, y en concepto de responsabilidad civil indemnizar a los perjudicados en 13.500.000 pesetas, valor del buque hundido, con los intereses legales de dicho capital desde la fecha del hundimiento, así como aquellas cantidades que se determinen pericialmente en periodo de ejecución de sentencia respecto a los efectos perdidos del buque "Aurora" como consecuencia del abordaje, llamando finalmente la atención sobre la existencia de una posible responsabilidad por parte del Capitán del buque "Puerto de Pajares", hoy fallecido por si la misma modificase la exacción de responsabilidades civiles derivadas de este procedimiento.

VOTO PARTICULAR: El Presidente y uno de los vocales, absolución, por entender que las actuaciones llevadas a cabo en la causa no han aportado las pruebas suficientes para el esclarecimiento total de los hechos, que permitan establecer una completa responsabilidad.

DEFENSOR:- Recurso (797 CJM) por entender que conforme a la prueba practicada, toda la responsabilidad por el abordaje recaía en el Capitán del "Puerto de Pajares" y no en su patrocinado.-

AUDITOR: Aprobación no pudiendo ser tomadas en cuenta las alegaciones de la Defensa al no desvirtuar la atinada apreciación de la prueba hecha por el Consejo, sin que proceda hacerse eco de la llamada de atención en orden a la posible responsabilidad del fallecido Capitán del "Puerto de Pajares", por no existir elementos de juicio suficientes para considerar la maniobra efectuada por éste como contraria al vigente Reglamento para prevenir abordajes en la mar.-

CAPITAN GENERAL: Disconforme con la sentencia y con el dictamen de su Auditor por estimar que la maniobra efec-

tuada por el "Aurora" fue correcta al ajustarse a lo preceptuado en los arts. 21 y 27 del Reglamento Internacional para prevenir abordajes en la mar y que, a su juicio, las causas originarias de la colisión fueron el haber salido de la Ría el "Puerto de Pajares" muy ceñido a la farola de Santurce, así como el haber metido a babor este barco después de haberlo hecho a estribor.-

TENIENTE FISCAL TOGADO DE LA ARMADA: aprobación de la sentencia por estimar, en cuanto a la apreciación de la prueba, que la declaración de los hechos tiene pleno apoyo tanto en la prueba pericial como en las declaraciones testificales obrantes de autos, no acreditándose, por otra parte, fehacientemente la afirmación que se consigna, tanto en el voto particular como en el disenso, de que el "Puerto de Pajares" saliera de la Ría de Bilbao muy ceñido a la farola de Santurce, estimando igualmente acertada la calificación jurídica del Tribunal sentenciador al darse cuantas condiciones señala el 59, párrafo 2º de la Ley Penal y Disciplinaria Marina Mercante, al haber existido la colisión entre dos buques en la mar or rave im rudencia o ne li encia, a ue este último extremo se da cuando merezca la calificación de temeraria o cuando, siendo simple, vaya acompañada de infracción de reglamentos, y por el procesado se infringieron los arts. 18 y 23 del vigente Reglamento para prevenir abordajes en la mar; siendo igualmente ajustados a derecho los demás pronunciamientos.-

DEFENSOR: Después de exponer las circunstancias personales y larga experiencia profesional de su patrocinado, así como las condiciones climatológicas y del lugar donde se produjo el accidente, entendió, a su juicio, de que de cuantas diligencias obran en éstos se acredita la inculpabilidad de su defendido, ya que un teso de excepción como era el Capitán del "Asua", coincide con las declaraciones del encartado, el que en todo momento maniobró su barco correctamente con arreglo a las normas que establecen los arts. 21 y 27 del Reglamento para prevenir abordajes en la mar, produciéndose el abordaje por la incomprensible caída a babor que efectuó el "Puerto de Pajares", cuyo Capitán, a su entender, se contradice en sus declaraciones; absolución. - CSJM.: Aprueba, porque la cuestión que se plantea en la presente causa y que originó la elevación de la misma a este CS., se refiere a la apreciación de la prueba y así, mientras el CG. estimó que de las actuaciones practicadas en el proceso se deducía la culpabilidad del encartado, el Capitán del "Aurora", por entender que se maniobró correctamente, ya que infringió los arts. 18, párrafo 1º del apartado a), 22 y 23 de Reglamento para prevenir abordajes en la mar y, por tanto, considero que su conducta le hacía responsable de un delito de abordaje por imprudencia, definido en el 59, párrafo 2º de la Ley Penal de la Marina Mercante, condenándole en consecuencia, si bien por

medio de otrosí llamó la atención sobre posibles responsabilidades civiles por parte del ya fallecido Capitán del "Puerto de Pajares"; el Auditor, abundando en el fondo con tal posición, se conformó con dicho fallo, con la única salvedad de no estimar procedente la expuesta llamada de atención, más no así el Capitán General del Departamento (Considº.I). Ahora bien, un minucioso y detenido examen de la causa, consistente no sólo en la ponderación adecuada de las declaraciones recibidas, ya bajo forma de testimonios, ya por medio de las manifestaciones del propio inculcado, sino también a través de los elementos de juicio que suministra el informe pericial, conducen a establecer que, en efecto, fue la actuación deficiente del Capitán del "Aurora", con sus inadecuadas maniobras, lo que dió lugar al abordaje primero, y hundimiento casi consecutivo del "Puerto de Pajares", y habiéndolo estimado así el CG. se impone declarar que dicho Tribunal, lejos de incidir en error hizo un uso correcto de sus atribuciones en cuanto a la apreciación de la prueba, por lo que, compartiendo la Sala el criterio sostenido por el Teniente Fiscal Togado de la Armada, entiende debe resolverse el disenso planteado en el sentido de respetar la declaración de hechos probados formulada por el CG. y, en consecuencia, decidir la aprobación del fallo recaído (Considº II). Por otra parte aceptado en el Resultº II que, inmediatamente antes de producirse el abordaje, iniciará el "Puerto de Pajares" su caída a babor, aún cuando no se desprenda de los autos de forma indubitada, tal salvedad en nada modifica la valoración certera del CG. respecto a la apreciación de la prueba en su conjunto, ya que como razona el propio Tribunal sentenciador, aún admitiendo que dicha maniobra no fue correcta, se llega a la conclusión de que fué realizada en un postres intento de evitār el siniestro y tuvo su origen en el confusionismo introducido por el Capitán procesado, quien con su irregular manera de actuar puso en movimiento la cadena causal productora del resultado, y como esta conclusión responde a una acertada apreciación de los hechos, la Sala, de acuerdo también en este punto con la tesis mantenida por el Teniente Fiscal Togado de la Armada, entiende que es obligado descartar una posible culpabilidad coadyuvante del Capitán del "Puerto de Pajares", que no encuentra en la causa serios indicios en que apoyarse ni es de presumir que en ulteriores actuaciones pudiera perfilarse (Considº III). En virtud de lo expuesto y al no existir el manifiesto error que sobre la apreciación de la prueba determina el art. 799 CJM, procede confirmar la sentencia dictada por el CG. haciéndola firme y ejecutoria, por ser igualmente ajustada a derecho la calificación jurídica que se mantiene, de un delito de abordaje en la mar por imprudencia del art. 59,

párrafo 2º de la Ley Penal de la Marina Mercante, así como la participación del procesado en concepto de autor, agravante de reiteración que se aprecia y responsabilidades civiles que en la misma se exigen (Considº IV)".



c') Sentencias de consejos de Guerra.

Absolución

- Abordaje en puerto.
- Imprudencia sin entidad delictiva.
- Regla VII.
- Las circunstancias de hecho y las dimensiones del buque, datos a considerar al juzgar la maniobra.

"RESULTANDO.- Que el día 14 de abril de 1.967, a sus 06'00 horas aproximadamente, cuando el pesquero llamado "MERCED" -f.531 de la 3ª lista del Puerto de Santa María y con una eslora de 12'80 metros-, que venía de la mar remolcado, por haber perdido su capacidad de maniobra al anudarsele a la hélice el arte de pesca, por el también pesquero "SANTA MARIA DEL CARMEN" -f.1416 de la 3ª lista de la matrícula de Ceuta-, al llegar ambos buques a la altura de la Fábrica de Hierro del Puerto de Algeciras y encontrarse el primero de los citados casi parado y a una distancia de unos cuatro o cinco metros del cantil del muelle donde iba a atracar, para lo cual iba a iniciar la maniobra de lanzamiento de cabos, el segundo, o sea el buque remolcador, soltó el remolque, dirigiéndose también a su lugar de atraque, momento este en el que el pesquero llamado "ALMUIÑA" -f.7785 de la 3ª Lista de Vigo, que acababa de desatracar haciéndose a la mar, cayó a Er. pasando entre el "SANTA MARIA DEL CARMEN" y el muelle, por lo que al encontrarse con el "MERCED", y pese a dar toda atrás, fue a colisionar se con el mismo. El "MERCED" iba mandado por el Patrón procesado. A consecuencia del accidente de autos el "MERCED" sufrió diversas averías cuya reparación fué satisfecha por su Cía. Aseguradora "Cervantes S.A." mediante abono al Armador de la cantidad de 50.871 pts. El "ALMUIÑA" resultó indemne.

CONSIDERANDO.- Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados en el Resultando 1º de esta Sentencia, en modo alguno permiten estimar cometido por el procesado el delito que se le imputa, en cuanto que, por una parte, al tener menor de 19'81 metros de eslora no estaba obligado a llevar las luces de "buque sin gobierno" por aplicación de la Regla

VII, apartado g), en relación con la Regla IV apartado a), del Reglamento para la prevención de abordajes en el mar, y por otra, así solo estar a cuatro metros del cantil del muelle y realizando la maniobra de atraque era, llevara o no llevara las luces reglamentarias, un buque sin gobierno y sin posibilidad de maniobra alguna, por lo que no se parecía una relación de causalidad entre la ausencia de estas luces, incluso en el caso de que estuviera obligado a llevarlas encendidas, y el abordaje de autos, por lo que este se produjo más bien a consecuencia de una falta de visibilidad o, incluso, una ligera imprudencia del pesquero "ALMUIÑA" al no navegar a rumbo más abierto del muelle, pasando al pesquero remolcador, "SANTA MARIA DEL CARMEN", por su costado de Er. en vez del Br. como lo hizo, imprudencia que no reviste a su vez entidad delictiva.

Imprudencia con resultado de daños:

En la presente Sentencia, y en la siguiente, se decidió sobre un procedimiento instruido por daños producidos en la mar a las artes de pesca de un buque; determinándose la condición de posible delito de imprudencia.

No había existido colisión de cascos.

"RESULTANDO: Que el día 31 de Octubre de 1.968, a sus 16'00 horas, cuando los pesqueros "Hermanos Rojas" y "Hermanos Gallart", en unión de algunos otros, navegaban en faenas de arrastre a unas diez millas al S. de Almería, el patrón del primero de los citados se acercó al costado del segundo, patronado en aquellos momentos por su práctico de pesca, para manifestarle que en la última cogida, y mientras ellos viraban el arte, pasó por encima de éste cortándoselo, pese a las señas que de una forma ostensible se le hicieron. No obstante lo anterior, al levar su arte el procesado, estando presente el patrón reclamante, no se encontró signo alguno que confirmara la antedicha reclamación, negando, el procesado, los hechos al afirmar que en ningún momento había cortado la popa del "Hermanos Rojas", ni había navegado a

menos de 800 o 900 metros de él.

El "Hermanos Rojas" sufrió la pérdida de parte de su arte que ha sido valorada pericialmente en 35.539 pts., aunque por causas que no han sido oportunamente esclarecidas en la inspección su marial.

SEGUNDO RESULTANDO. - El ministerio Fiscal, en el acto de la Vista, calificó los hechos como constitutivos de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos de los previstos y penados en el párrafo 2º del art. 565, en relación con el art. 563, ambos del Código Penal Ordinario de cuyo delito consideró responsable, en concepto de autor, al procesado.

CONSIDERANDO. - Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados, en el Resultando 1º de esta Sentencia, no son constitutivos del delito de imprudencia con infracción de Reglamentos con resultado de daños, perseguido, en cuanto que no aparece en sumario las pruebas necesarias para estimar que el "Hermanos Gallart" cruzará la popa al "Hermanos Rojas", ni tampoco que esta maniobra, de producirse, tuviera lugar a la distancia necesaria para que con sus artes arrastrara y rompiera los del "Hermanos Rojas"; independientemente que, y por el contrario, lo único que aparece demostrado es que en las artes del pesquero patroneado por el procesado no había signo alguno de rozadura o enganche con otro arte o obstáculo alguno.

Absolución:

- Imprudencia con resultado de daños
- Imposibilidad de apercibimiento de la situación de hecho.

"RESULTANDO.0 Que el día 22 de Agosto de 1.968, a sus 10'30 horas aproximadamente, cuando el Remolcador "Vulcano" se hallaba atracado en el muelle de Las Delicias del puerto de Sevilla, muy próximo al puente Alfonso XIII, recibió instrucciones de desatracar para efectuar un servicio, que le obligaba a pasar bajo el citado puente. Como quiera que en aquellos momentos dicho puente de Alfonso XIII se encontraba abierto para dejar paso al tambien remolcador "Vila", el Patrón del "Vulcano," tras dar las pitadas reglamentarias que al parecer no fueron oídas por el mecánico en-

cargado del puente, a consecuencia del ruido que hace la maquinaria al poner en funcionamiento el tramo móvil del Alfonso XIII, y sin izar la bola negra ordenada, se dirigió directamente, sin colocarse previamente en el canal, hacia el repetido puente, para pasarlo tras el remolcador "Vila", lo que no consiguió ya que el procesado, tras el paso de este último, no habiendo oído las pitadas del "Vulcano" ni tampoco visto a éste porque al no tomar la canal se lo impedía el contrapeso, empezó a cerrar aquel por lo que, pese a dar toda atrás el patrón del "Vulcano" no pudo evitar que el palo de éste colisionara con la "hoja sevilla" del tramo móvil del "Alfonso XIII" causándose daños que fueron valorados por la Inspección de Buques competente en la cantidad de 10.500 pesetas...

CONSIDERANDO. - Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados en el Resultando Primero de esta Sentencia, no son constitutivos en modo alguno del delito de imprudencia con resultado de daños, del artículo 565 en relación con el art. 563, ambos del Código Penal Común, perseguido en la Causa, desde el momento en que de la instrucción sumarial se desprende la total inexistencia de imprudencia alguna por parte del procesado, ya que en ningún momento se apercibió, ni pudo hacerlo, de la presencia del Remolcador "Vulcano" por la posición de este y el contrapeso que le impedía toda visión del sector por donde navegaba aquel.

Condena /daños

art. 69,4

-Limitante con la intencionalidad.

"RESULTANDO. Que el día 9 de Noviembre de 1.964, a su 08'00 horas cuando el pesquero "Sebastián y Gracia" -f.1240 de la 3ª lista de Ceuta- se encontraba dedicado a las faenas de la pesca en la modalidad de "volantas" con las redes al parecer debidamente caladas y balizadas, en situación S.E. del río Angula, el también pesquero "Miguel Angel Ferrer" -f.2675 de la 3ª Lista de Málaga-, al mando de su patrón, pasó arrastrando sobre dichas redes llevando consigo seis paños del "Sebastián y Gracia" por un valor pericial de 27.600 pts., a cuyo resarcimiento renunció con posterioridad el perjudicado. El procesado, el día anterior había llamado la atención

de los patrones de los distintos barcos que allí habían calado sus redes al ir levantando él sus palangres, al verse imposibilitado de seguir pescando en el lugar considerado más idóneo caló sus artes de arrastre, pasando por encima del calamento del "Sebastián y Gracia", pese a la llamada de atención que previamente le hiciera el patrón de este último...

CONSIDERANDO. - Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados en el Resultando 1º de esta Sentencia, son constitutivos efectivamente de un delito de daños de los previstos y penados en el punto 4º del art. 69 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de cuyo delito aparece responsable en concepto de autor, por su participación personal voluntaria y directa el procesado...

CONSIDERANDO. - Que ello es así en cuanto que el procesado conocía perfectamente el calamento de dichas redes y no sólo porque el patrón del pesquero perjudicado le había advertido previamente de su existencia, sino también porque el mismo reconoce que en la tarde anterior había llamado la atención de los restantes pesqueros al ver que con su acción le impedían el seguir pescando en el sitio donde él mismo había descubierto el bando de merluzas, lo que no fue obstáculo para que calara sus artes de arrastre y pasara por encima de las redes del "Sebastián Gracia", causandoles el daño que ha motivado la presente Causa.

Caso Jaime Ramis - Mª del Pilar Correa:

Apreciación de negligencia leve, únicamente, consideradas las circunstancias de maniobrabilidad en puerto y las presunciones que sobre el movimiento del buque avistado, ostenta el patrón del buque que gobierna.

RESULTANDO. - "Que el día 29 de marzo de 1.968, a sus 07'30 horas aproximadamente, cuando el pesquero "María del Pilar Correa", después de desatracar del muelle de Alfau del puerto d Ceuta y realizar el revito para, dando avante, hacerse a la mar, fué a colisionar con el también pesquero "Jaime Ramis" -f.1340 de la 3ª Lista de Alicante- que, al mando de su patrón, había dado marcha atrás entre tanto, e iniciado la ciaboga para también hacerse a la mar. A consecuencia del abordaje el "Jaime Ramis" sufrió averías por valor de la cantidad de 36.516'70 pts. que fueron abonadas por los Consignatarios del "María del Pilar Correa" y posteriormente a estos por el Armador del citado buque. Ninguno de los pesque

ros realizó las pitadas reglamentarias de las maniobras que efectuaron, no apercibiéndose sus patrones de estas...

CONSIDERANDO.- Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados, en el Resultando 1º de esta Sentencia, no son constitutivos en modo alguno del delito perseguido de abordaje por grave negligencia, en puerto, del párrafo 2º del art. 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, en cuanto que, independientemente de que el "María del Pilar Correa" debió avistarlo y apercibirse de su maniobra al efectuar el reviro en el fondo de la dársena del puerto de Ceuta -como así ocurrió posteriormente no pudiendo evitar el abordaje por patinarle la marcha atrás por efecto de la arrancada adelante que llevaba-, el procesado creyó en todo momento que el citado pesquero se disponía a atracar en dicho muelle, por lo que al verse libre por su popa no tuvo inconveniente en realizar la maniobra de desatraque y marcha atrás para realizar la ciaboga y hacerse a la mar, no apercibiéndose de que, en contra de su creencia el "María del Pilar Correa" efectuaba el reviro también para hacerse a la mar, por lo cual si bien se aprecia negligencia en la conducta del procesado, esta se considera de caracter leve, y, por tanto, no constitutiva de delito alguno, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante que exige la gravedad de estas para su conceptualización delictiva".

Caso "Juan Antonio" - SSPetro".

Abordaje y naufragio.

Absolución: en consideración a las circunstancias de hecho, en orden juzgar la ausencia del puente en un momento dado, la existencia de otro u otros buques.

"RESULTANDO.- Que el día 3 de Julio de 1.968, a sus 03'15 horas aproximadamente, cuando el pesquero "Juan Antonio" -f.639 de la 3ª Lista de Ceuta, navegaba rumbo a Tarifa, al llegar a unas tres millas de la costa, a la altura de la Punta de Gualmecí, colisionó con el vapos de nacionalidad chipriota " SS Petro", de la matrícula de Famagusta. A consecuencia del abordaje, el "Juan Antonio" se hundió en breves momentos, aunque con tiempo suficiente para que su tripulación fuera transbordada al pesquero "Niño de Marchena" que se hallaba en sus proximidades. El pesquero siniestrado había sido valorado pericialmente en la cantidad de 1.125.000 pesetas, habiendo sido sus tripulantes indemnizados en la cantidad de 37.184 pesetas por la Mutualidad de Accidente de Mar y del Trabajo del Instituto Social de la Marina.

El "Juan Antonio" iba al mando del patrón, procesado, que en el momento del abordaje se encontraba descansando por haber sufrido unos veinticinco minutos antes un fuerte dolor de cabeza a consecuencia, según el manifiesta, de los primeros síntomas de la enfermedad visual que hoy padece.

El "Juan Antonio" navegaba a unos cincuenta metros por el costado de Br. del "Niño de Marchena", que llevaba sus luces de cubierta encendidas por ir su tripulación arranchando el pescado, no apercibiéndose de la presencia del "SS Petro" hasta que lo tuvo prácticamente encima, no obstante lo cual el timonel y procesado Fernández León intentaron virar todo a babor, pues a Er. se lo impedía la presencia del "Niño de Marchena", no consiguiéndolo por el agarrotamiento del timón. Ante esto, intentaron parar y dar marcha atrás, pero ya sin tiempo para evitar la colisión...

CONSIDERANDO. - Que a juicio del Consejo de Guerra, los hechos declarados probados en el 1º Resultando de esta Sentencia, no son constitutivos del delito perseguido de abordaje en la mar por grave negligencia, de los previstos y penados en el párrafo 2º del art. 59 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, ni tampoco de ningún otro, en cuanto que, por lo que respecta al patrón titular del pesquero siniestrado se estima estuvo justificada su ausencia del puente de mando por espacio de unos veinticinco minutos, ya que si bien coincidieron con el accidente, este no era de prever dado que la navegación se desarrollaba normalmente, con buen tiempo y visibilidad. Y por lo que respecta al otro procesado, es de tener en cuenta que efectivamente, las luces de cubierta del "Niño de Marchena" le impidieron ver aproximarse al "SS. Petro", hasta tenerlo a escasa distancia en cuyo momento intentó el brusco viraje a Br., por impedirse hacerlo a Er. la presencia del "Niño de Marchena", no pudiéndolo conseguir por el agarrotamiento del timón, y que incluso, sucedido ésto, intentó otra maniobra correcta como fué la de parar y dar marcha atrás, aunque ya sin tiempo no solo por la proximidad del "SS. Petro" sino también porque al ser el "Juan Antonio" y su motor del sistema de pala reversible la entrada de la marcha atrás requiere el disponer de algunos minutos.

La aplicabilidad del art. 565 o supuestos de abordaje culposo. -

Insistimos en este punto ya debatido anteriormente. Citamos en su momento la Memoria de la Fiscalía del Ferrol de 1968

en un expresivo párrafo.

1). Generalidades.

Ante todo dejamos bien sentado que el fondo de la cuestión, la exigencia de aplicar la ley especial, no por principios profesionales, sino porque para tal fin fue creada, nos parece indubitable. La consideración de precisarse gravedad en la negligencia o imprudencia, para tipificar el abordaje culposo la venimos preconizando continuamente. Nuestro acuerdo total con la jurisprudencia en general en este punto y con los criterios que sustentan las Sentencias del C.S.J.M. y de nuestros Consejos de Guerra, es asimismo pleno. Pero todo ello, creemos, por criterios político-criminales, pero no por una interpretación dogmática de las disposiciones aplicables. Incluso admitiríamos que el espíritu de la Ley tiende a olvidar en este caso concreto al Código Penal, en cierto modo. Pero lo que creemos también es que la letra de la Ley y una interpretación literal e incluso lógica y hasta histórica, no viene a darnos tal solución.

2). La Memoria de la Fiscalía de la Zona Marítima del Cantábrico, en 1.968.

Al ser la precitada Memoria de Fiscalía de Ferrol la que ha planteado más claramente la cuestión vamos a analizar su razonamiento.

La citada Memoria, que está dirigida a mostrar su criterio, con el que estamos absolutamente de acuerdo, de considerar punible por un solo delito y precisamente por el de abordaje, los casos en que del accidente marítimo surja muerto, lesiones, etc.,



afirma que el art. 565 es norma en blanco, porque sólo pena la conducta imprudente en sí, sin consideración al resultado; que en todo caso la existencia de ley especial deroga la general y que por el criterio de profesionalidad, a los marinos mercantes cuando actúan en funciones propias de su profesión, sólo les serán aplicables las normas de la ley en el ámbito de aplicación que a esta le corresponde.

En primer lugar el art. 565 no es en puridad de principios una "norma en blanco", por lo que se refiere a hacer abstracción del resultado, al menos en su totalidad, dado que su párrafo 5º sostiene una consideración especial para el supuesto de que se produzcan muerte o lesiones.

En segundo lugar, la ley especial deroga la ley general. En efecto, en todo el ámbito del Derecho. Este criterio se basa, en lo penal, en el artículo 7 del C.P., a cuyo tenor:

"No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que hallen penados por leyes especiales".

Ahora bien, el "delito de imprudencia", la "imprudencia punible" no se halla penada específicamente en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Lo que esta ley castiga es el "delito de abordaje, naufragio o varada, por negligencia grave o imprudencia".

La derogación además tiene expresa contradicción con el párrafo 1º del art. 1º de la ley que, con discutible criterio, ordena al juzgador castigar acciones y comisiones previstas en el título 1º de la ley con la norma penal que asimismo las analice y prevea mayor sanción.

Si la ley hubiera creado el delito de imprudencia con resultado de abordaje, podría hablarse de derogación, pero no es así. Aparte insistimos en que lo que estamos criticando no es la interpretación de la norma que puede y hasta debe -en fondo- considerarse desde el punto de vista de la Memoria comentada. Lo que de verdad criticamos por incompletas y plenas de lagunas son las normas en sí, los preceptos referentes al abordaje culposos.

Por último se refiere la Memoria al carácter profesional de la Ley punitiva mercante. Evidentemente así es, pero no creemos que la aplicabilidad de un precepto del C.P. común, extra-profesional, pueda debatirse a la luz de principios subjetivos de profesión. Nos vienen a la memoria las críticas que a las teorías subjetivas de los actos de comercio y a la sujeción por fuero personal de los comerciantes al C. de C., se hicieron al Código de Sainz de Andino de 1.892 y aún se hacen a varios artículos del vigente. Pensamos que en el ámbito de lo penal la igualdad y generalidad de esas normas es necesaria. Si en algún ámbito, como el militar tienen sentido las consideraciones subjetivas, no puede generalizarse este criterio. La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante tiene sin duda carácter profesional, pero sólo objetivamente, y aún en tal supuesto sin olvidar que forme parte de un contexto abstracto de normativa penal.

Puede decirse es que la ley especial debería caracterizar el abordaje de tal modo que nosotros no pudieramos razonar así. Mientras tanto, en el interín hasta la reforma, entendemos que la posibilidad de aplicación del art. 565 es totalmente factible. La jurisprudencia y la doctrina en general indican el camino de la inter-

El problema surge, sin embargo, cuando se trata de varios resultados cometidos mediante una acción culposa, dado que en tales conductas no resulta posible la aplicación de la teoría concursal. Lo único que el legislador hace ante este caso es dar extensión a las penas aplicables -"de arresto mayor o prisión menor, o inhabilitación para mandos de buques- posibilitando la amplia gradación de la pena, vía arbitrio judicial.

2º) Analiza los problemas la Memoria proponiendo tres sentencias de Consejos de Guerra.

La primera de 30 de Octubre de 1.964, sobre la que recaían comentarios que hemos recogido antes. En esta sentencia, dada en la Sala de Justicia de la Zona Marítima del Cantábrico, se castigó un supuesto de conducta imprudente con doble resultado, uno de abordaje y otro de imprudencia, condenando por dos delitos, uno de abordaje y otro de imprudencia. La Fiscalía, razonando como antes pusimos de manifiesto opinaba adversamente el sentido doctrinal del fallo, por:

- a) El camino de la tácita derogación del art. 565.
- b) La profesionalidad de la ley.
- c) Por la aplicación indebida de los principios concursales a lo culposos.

A nosotros nos parece que el criterio, aún conducente a la misma solución que aquella Fiscalía, no es el de los apartados a) y b) expuesto, sino, en su caso, el del c) y el hecho de que si se entiende que nos encontramos en el ámbito del delito de abordaje, los efectos que del mismo se deduzcan serán efectos de dicho

abordaje delictivo y no delito autónomo; y, de otro lado, al hablar de abordaje por imprudencia, lo culposo forma parte del tipo del abordaje siendo incoherente por duplicidad de calificación de un mismo supuesto, hablar de abordaje por imprudencia de un lado y de imprudencia en abordaje con unos efectos determinados, de otro.

3º) A continuación se fija la Memoria de Fiscalía en las sentencias de 16 de junio de 1.965, 9 de Junio de 1.965 y 23 de marzo de 1.965. En las tres se condena por un único delito de abordaje por imprudencia. En este caso la Fiscalía se plantea el problema de la aplicabilidad del art. 565 del Código Penal, por la vía del art. 1 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, cuando existe imprudencia temeraria y sea prisión menor la pena aplicable. Reconoce la existencia de distinción entre ambos delitos pero razona que la posibilidad de esa especialidad puede acarrear penas más leves en el abordaje que en otros delitos de imprudencia.

Compartimos la idea en su planteamiento, pero volvemos al criterio desarrollado a lo largo de esta exposición en este punto: Si hay imprudencia temeraria, como si la hay simple con infracción de reglamentos, no hay ningún problema, ninguna traba que impida al juzgador ir al 565 del Código Penal, por consiguiente será un problema de calificación en cada caso concreto. Otro punto es el de que, al existir arresto mayor en un caso y prisión menor en el 565 1º, se pueda hablar de trato de favor para los culposos de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Francamente, sólo en los casos del art. 565, párrafo 5º. último inciso, donde habla de elevar la pena en uno o dos grados puede plantearse el problema, porque al permitir la pena especial castigar "de arresto mayor a prisión menor" ya estamos equiparados en pena al 565, 1

Sólo en casos de "extrema gravedad" del 565, párrafo 5º habrá trato de favor, en todo caso, Así lo especifica precisamente la citada Memoria. Estamos totalmente de acuerdo con su razonamiento y con la existencia de dicho problema que, incluso, vía art. 1º de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, puede llevarnos de manera vinculante a aplicar el art. 565 del Código Penal.

4º) Por último la Memoria se detiene en las Sentencias de 27 de Abril de 1.960 y 5 de abril de 1.968; que aplican el art. 565, párrafo 5º precisamente, en un caso en que se originaron 13 homicidios. De acuerdo con el criterio de la sentencia, la Memoria obtiene la conclusión de que se abre un nuevo criterio con tales sentencias: penar por el 565, párrafo 5º en casos de extrema gravedad y por la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, en todos los demás supuestos. Como claramente podrá colegirse de todo lo expuesto entendemos que no hay inconveniente alguno en aplicar el art. 565, no sólo en este caso, sino en cualesquiera otros en que el juzgador entiende que no se dan los requisitos de grave negligencia o imprudencia de la ley especial, en cuyo supuesto puede existir un delito de imprudencia.

d) Imprudencia e impericia.

La falta de pericia en la maniobra o gobierno de un buque no está taxativamente determinada por la ley como causa de delito. Hay que distinguir entre la falta de titulación, que origina el delito de intrusismo tipificado en la propia Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (art. 73 y 74), constitutiva en sí misma de un delito de riesgo, independientemente de los resultados lesivos o dañosos que cause al buque el mando de persona indebidamente ca-

lificada, y la impericia, consistente en la aplicación incorrecta de los conocimientos, como consecuencia de la cual se produce -en su caso- un daño.

Donde la Ley no distingue no debe hacerlo el interprete. Es por ello que el abordaje culposo por impericia es una acción que puede considerarse típicamente antijurídica por la vía de la infracción de reglamentos. Su equiparación al negligente o imprudente cae, por consiguiente, fuera de toda duda. La estructura de prácticas y sucesiva responsabilidad jerárquica que se adquiere en la profesión mercante y en la titulación pesquera fortalece este criterio, evitando más que en ningún otro caso que pueda resultar modulo de paliar responsabilidades la falta de práctica.

Dogmáticamente, además, al ser los delitos que consideramos caracterizables precisamente por el resultado, no cabe duda de que los tipos que los encuadran no pueden atender a la motivación de la negligencia o imprudencia y sí solo a su gravedad, a su condición de causales del accidente y a la violación de la normativa reglamentaria reguladora del abordaje.

Es por ello que consideramos fuera de toda duda el que exista una equiparación plena entre los supuestos de impericia y los de error náutico, para con los considerados negligentes o imprudentes causales en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.

g) Conclusiones del análisis de la imprudencia.

Son paralelas a las que establecíamos en el análisis de la negligencia. En general pueden citarse los siguientes:

1º) La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, al hablar de la imprudencia, aún sin calificarla, está pensando en la imprudencia grave, sea temeraria o con infracción de reglamentos.

La simple imprudencia, con infracción de reglamentos, puede, desde un punto de vista extensivo incluirse en los arts. 59 y 60 de la Ley especial, pero parece más riguroso, dogmáticamente, incluirla como constitutiva de un delito de imprudencia -no de abordaje- de los del art. 565 del Código Penal.

2º) La aplicabilidad del art. 565 párrafo 5º, referente al supuesto en que el mal causado fuere de extrema gravedad, cae fuera de toda duda, por el tenor del art. 1º de la ley especial.

3º) Es equiparable a la imprudencia así la impericia como el error náutico, a efectos de calificación del delito de abordaje culposos.

4º) Es criterio prácticamente general en nuestros tribunales condenar sólo cuando quede patente la grave negligencia o grave imprudencia, sin que la calificación de delito de imprudencia, por levedad o consideración de "simple" de la misma, sea tomada en cuenta. Justificamos y compartimos este criterio, en base a fundamentos político-criminales. La doctrina, sin embargo, parte de interpretación de las normas de la ley especial. En particular la Memoria de la Fiscalía de la Zona Marítima del Cantábrico de 1968, acude a los criterios de derogación tácita del art. 565 y profesionalidad exclusionista de la ley especial.

5º) Las lagunas existentes en el tratamiento de estos deli-

tos en la ley especial, en particular en todo lo relacionado con el art. 565 y, en general, respecto de la problemática que plantea la falta de casuismo en el abordaje, caracterizado por el resultado, reclama -en este, como en otros muchos puntos- la reforma de la ley especial.



## VI

### EL CONCEPTO DE NAVIERO Y SU PROBLEMÁTICA

#### - Analisis general

- a) Qué debe entenderse por naviero?
- b) Las navegaciones no comerciales.
- c) La publicidad del naviero.
- d) Responsabilidad del naviero y responsabilidad del Capitán en el abordaje: Ideas previas.

## VI

### EL CONCEPTO DE NAVIERO Y SU PROBLEMÁTICA

#### A) Análisis general. -

El Código de Napoleón, venerable fuente de la legislación continental europea, no define al naviero. Se estudian en el los "propietarios de buques". La brillante legislación decimonónica quedaba en este punto sin visión de futuro, sin adivinar el advenimiento de la autonomía de la actividad naviera como empresa, del naviero no propietario, empresario de la navegación.

El Profesor Girón (1) ha realizado un luminoso estudio sobre estas materias, posiblemente el más completo hasta el momento en la doctrina española contemporánea, exponiendo la evolución legislativa y doctrinal sobre el concepto de naviero. En este sentido estudia como en el derecho alemán ya se distinguen las figuras del "Aurüster", en relación al buque ajeno que se aplica a la navegación por propia cuenta, bien dirigiéndolo por sí mismo, bien confiándolo a un Capitán, y el "Reeder" o propietario del buque que lo dedica a navegar con finalidad lucrativa. Paralelamente este paso hacia la separación entre las figuras del naviero y el propietario se observa en el Derecho inglés con el reconocimiento del "owner pro tempore" y la distinción, con reconocimiento de responsabilidad al naviero no propietario, cuando exista "demise". En todo caso las bases originarias de la separación naviero-propietario quizás se encuentren en la figura del naviero gestor de la compañía de copropietarios o representantes de los que son titulares del buque

-----

(1) Girón Tena: "El naviero; Directrices actuales de su régimen jurídico"; Patronato de la Universidad de Deusto. Bilbao, 1959.

a título de dominio. Este es, sin duda, uno de los puntos de partida de la idea de naviero no dedicado al tráfico comercial, ajeno a la contra tación mercantil de la utilización del buque, teniendo cada vez más agudamente hacia la conversión del Derecho marítimo en Derecho general de la Navegación por mar, como afirma Wüstendorfer, citado por Girón.

En este sentido se manifiesta la reforma holandesa de 1.924 al referirse al naviero como el que "emplea un buque para la navegación por mar" (art. 320). Paralelamente, el Codice della Navigazione hablará del naviero como "chi assume l'esercizio di una nave" (art. 265). Se resalta, por consiguiente, que lo decisivo es la "tenencia del buque y la disposición sobre él a través del capitán y tripulación, ligados al naviero por una relación jurídica de dependencia" (2). En este punto fué verdaderamente pionero el Código de Comercio español de 1.829, el cual se refería al naviero como "quien utiliza el buque", desligándose de la idea de propiedad(3) aunque de hecho lo es presumible es presumible es que ello se debiera a que en el cuerpo de normas de Sainz de Andino no se pensa ra en formas de utilización del buque que tipificarán un naviero no propietario.

En el Código vigente, Girón, analizando su Exposición de Motivos, y en este punto también el maestro Garrigues se manifiesta en forma similar, parece pensar no en el naviero no propietario

-----

(2) Girón, ob. cit., pág. 33.

(3) Este análisis y un tratamiento extenso de los presentes problemas ha sido llevado a cabo por Rubio ("Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio")

como titular que haga desaparecer al propietario de la explotación del buque, sino en un naviero-gestor que ha sido llamado por el propietario para que le sirva de apoderado o representante o en frase de Girón, para que complete su capacidad.

De todo ello nacen múltiples oscuridades y amplios problemas. Vamos a plantearlos sumariamente y a dar nuestros puntos de vista, dado que no es este estudio el objeto inmediato de este trabajo.

a) Qué debe entenderse por naviero?

El empresario de la navegación, sea o no propietario de la nave; naturalmente, a efectos mercantiles.

El naviero dedicado a navegación no es especulativa, del que habla Girón, sería un naviero -no empresario-, pero creemos que este supuesto, aparte de casuismos, que nos llevarían a considerar la actividad pesquera y hasta la de la navegación deportiva, excede del ámbito del comercio. El campo de derecho marítimo es muy amplio (administrativo, penal, internacional) y las normas mercantiles del Código de Comercio se proyectan sobre el concretamente mercantil, sin perjuicio de su aplicación interpretativa y analógica y aparte de su validez general por ser el único lugar donde están tratados ciertos problemas de determinadas normas, como, v.gr. el estatuto del capitán. El naviero es para nosotros empresario y lo es siempre, aunque no sean "sus negocios" mercantiles, aunque actue por cuenta ajena, aunque sea únicamente un gestor, a él habrá que acudir en todo lo relacionado con esa "empresa" que no realiza.

b) Las navegaciones "no comerciales". -

¿Puede decirse que en las mismas es aplicable el Código de Comercio?. Será necesario, al menos analógicamente o por la vía de la interpretación, junto al ordenamiento común general y las leyes especiales.

Determinadas normas, que regulan el estatuto real del buque y los principios que inspiran el estatuto personal del Capitán o la dotación, así como las de averías, abordaje o naufragio, han de ser aplicadas, aunque sea únicamente por la vía de la interpretación o la analogía.

Bien es cierto, que el C. de C. especifica que rige para los "actos de comercio", pero también lo es que los derechos y deberes del Patrón de pesca, por ejemplo, habrá que deducirlos de alguna parte y donde están expresados es en el C. de C. al referirse a la figura del Capitán. Si bien, será "mutatis mutandis" y sin extender nada fuera de la interpretación. En el mismo plano, unas responsabilidades civiles por abordaje entre pesqueros habría que deducirlas del art. 1.902 y sigs. del C. civil, pero siempre, necesariamente, considerando las correspondientes del C. de c.

No queda terminantemente clara la cuestión planteada. Hasta que lleguemos a actualizar un auténtico Código o Ley reguladora de la navegación y demos la entidad y autonomía al Derecho Marítimo, no sabremos donde empiezan y donde acaban las normas aplicables a los buques mercantes o a los buques en general. Se nos dirá que el círculo administrativo o industrial es totalmente ajeno al comercial, pero el art. 116 del Reglamento de Registro Mercantil, al definir al buque, incluye al "que pueda destinarse al comercio" y a la simple "navegación marítima o fluvial, a los efectos del C. de

c. y de dicho Reglamento.

c) La publicidad del naviero. -

Nueva y palpable laguna legal que encierra en sí misma la grave cuestión de determinar si los derechos, créditos y obligaciones pueden ejecutarse sobre el buque, cuando su naviero no sea propietario. Evidentemente no es posible. Habrá que distinguir estos puntos:

1º) En la legislación española, el C.de c. identifica prácticamente propietario y naviero o sólo observa a este último, cuando lo considera independiente como gestor de otro titular.

2º) Doctrinalmente ambas figuras deben desgajarse. Otra cosa sería negar la autonomía de la condición de empresario de la navegación.

3º) De todos modos, este estudio es sobre el Derecho español. Sin perjuicio de que volvamos sobre estos puntos nosotros realizaremos el análisis del abordaje con las bases legales expuestas, aunque se encuentren lejos del correcto encuadramiento doctrinal.

d) Responsabilidad del naviero y responsabilidad del Capitán en el abordaje: Ideal previas. -

De la responsabilidad del Capitán se trata en este trabajo en el estudio de las clasificaciones del abordaje y, analíticamente, en relación con el fundamento de la responsabilidad del

naviero, limitación y extensión de la misma. De otra parte, en los puntos dedicados a la esfera penal, todo gira prácticamente alrededor del problema de la responsabilidad penal y civil derivada de la penal del Capitán, fundamentalmente.

A modo de introducción a todos esos epígrafes, es necesario fijar premisas contrastando las figuras de Naviero y Capitán.

En lo contractual, la responsabilidad del naviero está prefijada por los artículos 586, 588, párrafo 2º y 620 del C. de c. Junto a ellos, figura la extracontractual y cuasi-delictiva de los arts. 618, en relación general y 826 y siguientes del C. de c. para el abordaje en particular. Este criterio renueva el mantenido por el C. de c. de Sainz de Andino, que declaraba civilmente responsable al Capitán de todos los daños que sobrevinieren al buque y a la carga por su impericia o negligencia y por actos ilícitos de la tripulación (art. 676 y 679 del C. de c. de 1.829).

La Exposición de Motivos del Código vigente cambia totalmente los criterios confusos lindantes con la culpa "in eligendo" e "in vigilando", que la doctrina se ha encargado de fundamentar más lógicamente como analizaremos en posteriores apartados.

Lo que queda patente en el campo de Derecho positivo es el juego del art. 618 paralelo al del art. 826. Los terceros carecen de acción contra el Capitán. Han de dirigirse contra el naviero y es este, únicamente, quién podrá repetir contra el Capitán. Toda la gama de actos ilícitos de este o de la tripulación tendrán una expresión patrimonial "prima facie" en la vía penal a través de la

responsabilidad civil derivada de la penal. En el seño del Derecho privado, el Capitán sólo estará sujeto a la acción de repetición del naviero. El naviero responde directamente ante los terceros, como recalca asimismo la Ley de 22 de Diciembre de 1.949, en relación a las mercaderías cargadas (arts. 6º, con las excepciones de los arts. 8 y 9, puntualizando los efectos de las faltas náuticas y comerciales).

Dicha responsabilidad es directa, configura al naviero como centro de imputación de deberes y viene a consagrarlo como empresario en sentido técnico y mercantil, pero con especialidades concretas que convierten al sector extra-contractual marítimo en un tanto autónomo.



## VII

### LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN EL ABORDAJE

#### I - Introducción.

#### II - Fundamento.

##### a) Nacimiento de la relación naviero-capitán y naviero-restan tes miembros de la dotación.

a') La relación naviero capitán en su nacimiento.

b') La relación naviero-restantes miembros de la dotación  
en su nacimiento.

##### b) Naturaleza de la responsabilidad.

a') Responsabilidad subjetiva u objetiva del naviero.

a'') La protección al tercero.

b'') Aspectos económico-mercantiles.

c'') Consideraciones históricas.- Contraste de la evolu-  
ción legislativa.

b') Responsabilidad del empresario o de la empresa de  
navegación.

a'') Presupuestos jurídico-subjetivos.

b'') El naviero, titular de la responsabilidad en el dere-  
cho español vigente, por su condición de empresario.

##### c') A).- Responsabilidad contractual y extracontractual.

Los actos lícitos o ilícitos del capitán. El caso  
especial del time-charter.

##### B).- El abordaje y la responsabilidad extra-contractual

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supre-  
mo en relación al problema; consideración espe-  
cial de la S.T.S. de 17 de Abril de 1.964:

- a) El concepto del naviero y la relación naviero-capitán-miembros de la dotación.
- b) Responsabilidad civil principal directa del naviero. La posible responsabilidad penal subsidiaria. Los artículos 811 al 813 del Código de Justicia Militar. Remisión a otro lugar
- c) Otros aspectos doctrinales sobre el fundamento extracontractual de la responsabilidad del naviero en el abordaje culposo, en relación con los supuestos contractuales de vinculación.

## VII

### LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN CASO DE ABORDAJE

#### I. - Introducción. -

El principio del artículo 826 del C. de c., por el cual "si un buque abordase a otro por culpa, negligencia o impericia de su Capitán, Piloto u otro cualquier individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial", es la proyección que sobre el hecho jurídico del abordaje, verifica el C. de c. de los principios de responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902 y siguientes de nuestro C.c.

Fijemonos que la obligación queda planteada en lo personal, precisamente en el artículo que abre el estudio mercantil del abordaje. Luego se referirá a imputación a ambos buques (827), al abordaje imputable a un "tercer" buque (831), a los buques que se abordan con práctico a bordo, cuya presencia no exime a los capitanes de las responsabilidades en que incurran (834) y a la limitación de la responsabilidad del naviero al valor de la nave (837). El primer precepto, por consiguiente, es el único que centraliza la obligación de reparar e indemnizar en el naviero de uno sólo de los buques, exigiendo para ello que el accidente haya sido causado por culpa, negligencia o impericia del Capitán u otro miembro de la dotación.

El plano de estas negligencias, imprudencias o impericias, no es el delictivo penal de los artículos 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, o, mejor dicho, no restringe

su campo de acción a tal supuesto, que hace recaer sobre el Capitán o miembro culpable de la dotación, la responsabilidad civil derivada de la criminal; aunque, por insolvencia de este, se acuda a la acción civil contra el naviero, por parte del perjudicado; el ámbito del art. 826 es jurídico privado.

Lo que cabe preguntarse es la "ratio essendi" del precepto: el fundamento dogmático-jurídico de la responsabilidad personal del naviero por culpa de su Capitán u otro miembro de la dotación a su servicio. Se trata de un enunciado en el que partiendo de una responsabilidad subjetiva, se deduce la objetiva del empresario de la navegación. Es una aplicación en el especial sector comercial marítimo, en el marco peculiar de la empresa mercantil marítima, del criterio del párrafo 4º del artículo 1.903 del C.c., más enraizado en el seno de lo mercantil marítimo, por la declaración que abre el art. 618 del C. de c. al decir que "El Capitán será responsable civilmente para con el naviero y este para con los terceros que hubieren contratado con él"...89): "De los daños que resulten por inobservancia del Reglamento de situaciones de luces y maniobras para evitar abordajes". Criterio -este del Código de 1885-contrapuesto a la responsabilidad civil del Capitán, pregonizada en los arts. 676 y 679 del Código de comercio de Sainz de Andino.

Sobre el fundamento de este principio general volveremos a insistir. Ripert se refiere a la extensión de la responsabilidad personal del naviero. La doctrina bascula entre la objetivación de la responsabilidad, derivada del criterio unitario de la empresa como sujeto que soporta los riesgos y eventualidades derivadas de su actividad y la responsabilidad del empresario que, aún vinculada

al establecimiento mercantil, a la actividad y al total de relaciones jurídicas de la empresa -en el presente caso al buque, a la actividad del tráfico mercantil marítimo y a las relaciones jurídicas que este comporta- debe configurarse como personal del empresario, de quien de una manera determinada surgen las obligaciones en sentido jurídico, que requieren persona individual o jurídica, pero subjetivamente determinada.

## II - Fundamento.

El problema de la responsabilidad, centro neurálgico de la ciencia del Derecho, que en el campo jurídico privado da sentido a la teoría de las obligaciones, alcanza sus peculiaridades más dudosas, dogmática y doctrinalmente, en el estudio de la culpa aquiliana, fuera del sector del contrato y del incumplimiento de la obligación voluntariamente creada.

En el hecho del abordaje se plantea ante la situación derivada de los daños y perjuicios producidos a consecuencia de colisión entre buques, cuando queda probada la culpa de uno de ellos, o mejor del responsable del choque, en ese buque culpable. Si no hay determinación del buque causante del abordaje, nuestro derecho (art. 828 del C. de C.) -a diferencia del sistema de graduación de culpas del convenio de Bruselas- considerará fortuito el accidente y establece la compensación de daños recíprocos: cada buque soportará su propio daño.

Lo que en este apartado vamos a fundamentar es el sentido del artículo 826 del C. de C. y en general de la responsabilidad del naviero del buque abordador, entendiendo por naviero al empresario de la navegación, el comerciante marítimo titular de

la actividad mercantil desarrollada por un buque, sin que por ello -al menos en principio- estemos pensando en el naviero-gestor de la compañía de copropietarios y abstracción hecha asimismo de la condición de propietario o no propietario del naviero. Partimos del naviero como empresario.

a) Nacimiento de la relación naviero-Capitán y naviero-restantes miembros de la dotación.

Si se parte, como nosotros hemos establecido en el análisis conceptual, de que el accidente de abordaje puede ser imputable a todo miembro de la dotación, lo cual no es más que reconocer una situación de hecho y de derecho (art. 826 del C. de C.) hay que justificar las relaciones entre el responsable indirecto -naviero- y los posibles responsables directos.

a') La relación naviero-capitán en su nacimiento.

Se trata aquí sólo de observar en su creación el origen de la futura responsabilidad. El naviero "elige al capitán y lo ajusta", nos dice el artículo 597 del C. de c. artículo de carácter general a estos efectos, aunque este analizando la figura del naviero gestor de una compañía de copropietarios. La redacción del precepto parece inducir una pura relación jurídica de trabajo, aunque propiamente se pueda asimilar también al arrendamiento de servicios y, si observamos el ámbito funcional del Capitán, a las figuras del mandato, la representación, la comisión mercantil y algunas otras. Cabe pensar en una relación jurídica propia y autónoma, dado que si bien el estudio del despido del Capitán en los artículos 603 al 605 parece aproximarnos más a instancias del capitán proclamaba en el artículo 615, nos aproxima, a través de la necesaria personificación de las obligaciones y tras-

cendencia de la confianza depositada, al ámbito jurídico privado y jurídico mercantil en particular.

Lo cierto es que se produce una "elección" personal que engendra la obligación de desarrollar una actividad que es intransferible a instancias del capitán, que no podrá hacerse sustituir a sí mismo.

b') La relación naviero -restantes miembros de la dotación en su nacimiento.

Hablamos de "restantes miembros", partiendo del concepto de dotación del artículo 648 del C. de C.

Conforme al número 1º del artículo 612 del C. de C., el nombramiento de tales miembros lo realiza el capitán o patrón solamente en ausencia del naviero, lo que indica la posible y hasta normal elección por el naviero de estos miembros, aunque el capitán ostente el derecho a negarse expresamente al embarque de alguno de ellos y sin perjuicio de que, en uso de sus funciones representativas, el Capitán formalice autónomamente los contratos de embarque que considere convenientes, caso de necesidad (arts. 634 y sigs. del C. de C.).

b) Supuestos de Responsabilidad

a') Responsabilidad subjetiva u objetiva del naviero.

Hemos visto como, en el nacimiento de la relación jurídica naviero-dotación, hay una participación directa -única respecto de la elección de Capitán, supeditada únicamente al cumplimiento de las disposiciones administrativas- del naviero, a través del

hecho de la elección.

A primera vista ello podía significar la existencia de una posible modalidad de culpa "in eligendo", pero esto sería una visión simplista de la empresa de navegación y hasta de la navegación en sí.

a") La protección al tercero. -

Las relaciones jurídicas que surgen del hecho de que el buque realice actividades económico comerciales van referidas a quién figura como titular de dicha actividad, al empresario como única fuente de responsabilidad, al naviero que es en este caso, en frase de Rubio (4), "centro de imputación de la responsabilidad por el incumplimiento culposo de los deberes que a todos ellos (capitán y tripulación) corresponden".

Nos parece discutible la afirmación del maestro Garrigues (5), en el sentido de que la responsabilidad "in eligendo" sería difícil de afirmar, dado que la capacidad técnica del capitán está garantizada por el Estado que lo confirió ese título. Ello sería tanto como otorgar a una mera titulación administrativa, efectos jurídicos privados de carácter general, incluso en perjuicio de terceros, si se lleva a sus últimos extremos. Creemos que en este caso no es ni siquiera necesario particularizar para el caso concreto de la relación capitán-naviero o tripulación-naviero. La jurisprudencia ha dado al art. 1.903 del Código Civil últimamente un constante matiz objetivista, afirmando que su auténtico y riguroso sentido debe encontrarse en el estricto logro práctico del "neminem laedere" (6). Se exige una vigorosa prueba de la diligencia desple-

-----  
(4) Jesus Rubio: "La responsabilidad civil del empresario", Real academia de Jurisprudencia y legislación, 1.971, pág. 38.



- (5) Curso, tomo II, 5ª edición, pág. 572.
- (6) Pueden verse, en este sentido, las SS. T.S. 24-3-1.953. y 18-11-63.

-----

gada por el empresario para destruir la presunción de culpabilidad que sobre él recae; no basta con el mero cumplimiento reglamentario de normas de prevención de siniestros; se funda -se llega a afirmar- en motivos de convivencia social. Pero siguen latiendo elementos subjetivos, que van a desaparecer totalmente en la interpretación de los artículos 586, 1º y 826 del Código de Comercio. En el derecho marítimo, con esta pequeña ficción que supone empresa a cada expedición, se va a proponer la responsabilidad objetiva, directa, del patrimonio del naviero, que se "arriesga" a las pérdidas y que las padece quizás fundamentalmente porque ostenta un patrimonio visible e innegable, porque toda actividad mercantil es mirada por la Ley como forma necesaria de desarrollo social, pensando en proteger todo el cúmulo de relaciones jurídicas vinculadas a la empresa, todos los actos en masa que fundamentan el derecho del comercio. Al no poder observarlos, regularlos con preceptos particulares, se protege su crecimiento y a los terceros que contraen obligaciones privadamente con las empresas, con normas generales de responsabilidad que para ser eficaces piensan, lógicamente, en vincular siempre a los titulares de patrimonios, solventes y a la vista, tan a la vista que en este caso están a flote.

b") Aspectos económico-mercantiles.

De aquí que, a efectos de responsabilidad, el cúmulo de relaciones jurídicas que pueden existir entre naviero, capitán y tripulación, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas, se objetivizan generalizadamente en la realidad de un sólo responsable: el naviero. No se pensará entonces en las vinculaciones representativas o laborales, ni siquiera en la delegación de atribuciones que se deduce de varias de las facultades del capitán; se mirará solo a la empresa de navegación como patrimonio afectado y a su titular, el

naviero, como responsable directo.

En conclusión, no debe partirse, en la interpretación de los preceptos sobre responsabilidad, de aspectos subjetivos, pero no porque no existan posibles bases para determinar culpas "in eligendo" o "in vigilando", al menos en algunos casos, sino porque el principio general de los arts. 586, 1º y 826 del Código de Comercio acude al naviero, como responsable, por el hecho de ser naviero, titular de la empresa de navegación y, por tanto, de los derechos, obligaciones, beneficios y pérdidas que su actividad y desarrollo acarreen. Las normas se justifican muchas veces en Derecho Mercantil por la propia esencia del comercio, que exige principios primarios de seguridad económica y solvencia de los contratantes. Quien actúa para ganar, corre el riesgo de perder y el perjuicio del tercero implicado en esa pérdida debe cubrirse de la manera más segura, sin cerrar las reservas de acciones, por el titular de la relación originaria. La Ley así ofrece garantía a los contratantes y coloca al naviero como titular de la relación originaria. La ley así ofrece garantía a los contratantes y coloca al naviero como titular de toda relación jurídico-mercantil, pero no por razones subjetivas, sino precisamente, por el hecho de ser naviero.

c") Consideraciones históricas. - Contraste de la evolución legislativa. -

Ahora bien ¿Pensaba el legislador de 1.885 en este practicismo? No, evidentemente el legislador individualista de nuestro Código de Comercio no se planteó el futuro de la empresa naval aunque tuviera en cuenta su presente. Lo que quiso es culminar en el Libro III del Código de Comercio toda la renovación de los principios de responsabilidad-estudiados por el Código de Sainz de Arandino- en ese conjunto expresivo de artículos: 586, 587, 590, 618,

620, 2º y 826 y siguientes. Plasmaba así una visión nueva y realista. El Código de 1.829, como dice Aurelio Menendez (7), "responde a la transición que se había ido operando en los siglos anteriores desde la concepción del capitán como jefe de la comunidad náutica, hasta la estimación del naviero como protagonista principal de la navegación marítima". Pero esta evolución implica que permanezcan las nociones que impone la tradición. El legislador de 1.829 no puede sustraerse plenamente a la figura del "Senyor de la nau" de nuestro Consolat de Mar, que a su vez acrisolaba la evolución sucesiva del "nauta" de la legislación romana y bizantina, transformado en el *magister navis*, mandatario del naviero, mantenido por los *Rooles de Oleron*; haciendo surgir el contenido patrimonial que se otorga al senyor en las *Ordinacions de la Ribera de Barcelona* y en el propio Consolat, donde parece mixtificarse la autoridad sobre la nave con el dominio ejercido sobre ella; concepto con el que se transmite, *mutatis mutandis*, a la figura del *Maestre de Navío* de las Ordenanzas de Bilbao de 1.737. Poresta manifiesta influencia, los artículos 676 a 680 del Código de Comercio de 1.829, van a hacer personalmente responsable al capitán de los daños y perjuicios causados a la nave o su cargamento por culpa suya o de la tripulación en el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero donde el Código de Comercio de Sainz de Andino se plantea el problema de la responsabilidad del naviero es en los artículos 621 a 624. En ellos se determina:

-----

(7) Menendez, Aurelio: "La responsabilidad del naviero por actos del Capitán en nuestro Código de Comercio", en REDMAR II Jornadas Nacionales de Derecho Marítimo.

- La responsabilidad del naviero por los actos lícitos del capitán, por los contratos y obligaciones que este contrae en el ámbito de sus atribuciones.
- Responsabilidad derivada de los actos del capitán que afectan a la custodia de las mercancías, aún operando (a.622) la limitación por abandono.
- Irresponsabilidad del naviero, en términos generales, por los restantes actos ilícitos del capitán, salvo cuando "los excesos que durante la navegación cometan el capitán y la tripulación", que sean causa del daño -a los que alude el art. 624- afecten a la carga, en cuyo caso deberá estarse al principio de responsabilidad del naviero del 622 (8).
- Irresponsabilidad en el supuesto de abordaje culpable: artículo 935, nº 7, donde se establece que corresponde al capitán en tal caso "satisfacer todo el daño que hubiere ocasionado".

Estos principios del Código del 29 son fruto de la doble perspectiva que tuvo que observar el legislador: De una parte la tradición histórica que recibida en su último eslabón en la figura del

-----

- (8) Dudoso es asegurar que este es el criterio real del Código del 29. La cláusula general puede decirse que estribaba en la irresponsabilidad del naviero por actos ilícitos del Capitán, pero la doctrina (v.gr. Gómez de la Serna y Reus: "Código de Comercio anotado y concordado") extendía el ámbito de aplicación del art. 622 a los supuestos de afección a las mercaderías.

maestro de navío de las Ordenanzas de Bilbao, vinculó a Sainz de Andino a no establecer una transformación total en el ámbito de la responsabilidad, al no poder prescindir de la figura del capitán jefe de la expedición marítima, representante de todos los intereses encuadrados en la navegación, director técnico y náutico, contratante a veces en nombre propio y sobre todo única persona decisiva durante una navegación que por su estado técnico cerraba las puertas a todo tipo de contactos directos capitán-naviero; de otra parte la declaración renovadora pero abstracta, dispositiva, casi digna del encuadre en exposición de motivos más que en el texto articulado, de su art. 583 cuando se refiere a que la responsabilidad girara sobre el naviero.

Pero analicemos los apartados en que hemos estructurado el contenido de los artículos 621 a 624. Vemos, en primer lugar, que parecen crearse tres ámbitos o demarcaciones de responsabilidad:

- La del naviero por actos lícitos del capitán y entre ellos los gastos extraordinarios invertidos en beneficio del buque.
- La del naviero por actos ilícitos del capitán que afecten a la custodia y conservación de las mercancías.
- La del capitán por los restantes actos ilícitos que cometa.

O sea, se cuida -independientemente de la lógica responsabilidad por actos lícitos- un segundo respaldo para el cargador. De esta forma se configura, en relación al contrato de transporte, el aseguramiento de la posición de propietario de las mercancías, a

quien se le otorga acción contra el patrimonio del naviero cuando su carga se vea afectada por actos ilícitos o negligentes del capitán, refiriéndose al naviero como representante de la nave equipada y armada.

Nuestro Código vigente, de 1.885, da forma plena a la evolución hacia la objetivación de la responsabilidad, colocando en el centro real de imputación de responsabilidad al naviero, por las razones que apuntábamos al principio de este apartado y nos atreveríamos a decir que por puro realismo, que surge de la condición del empresario de la navegación; llegando el Tribunal Supremo a la plena configuración objetiva, en la importante y descriptiva sentencia de 17 de abril de 1.964 donde se le define como "representante de la propiedad del buque, y director de la empresa marítima, y, como tal, responsable de los actos realizados por el personal a sus órdenes, por lo que sobre él recae la responsabilidad civil, no con carácter subsidiario sino principal" (9).

-----

(9) Conforme a dicha Sentencia:

"El choque o colisión de dos buques, constitutivo del abordaje, puede originarse por caso fortuito ante circunstancias imprevisibles, o por fuerza mayor para evitar un siniestro más grave, o por culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro cualquier individuo de la dotación, siendo este último caso productor de responsabilidades, tanto de orden penal, si los hechos revisten caracteres de delito, como en vía civil para reparar los daños causados, exigible aquélla al autor material del hecho delictivo y para la segunda, como el naviero es el representante de la propiedad del buque y director de la empresa marítima, y como tal responsable de los actos realizados por el personal a sus órdenes, recae sobre él la responsabilidad civil, no con carácter subsidiario, sino principal, por descansar sobre los principios civiles de la culpa aquiliana, como lo revela la armonía que existe entre el artículo 826 del Código de comercio y los 1.902 y 1.903,

párrafo 4º, del civil, pues aunque el hecho del abordaje y la culpa, negligencia o imprudencia que lo haya ocasionado queden sometidos a la investigación y procedimiento de la Jurisdicción de Marina y al fallo de sus Tribunales, si revis-ten caracteres delictivos, ello no desnaturaliza la obligación del naviero de indemnizar, ni se subordina, en caso de condena, a la responsabilidad civil por razón del delito, la que sólo afecta a los sentenciados y sus bienes, según el núm. 4º del artículo 11 de la Ley orgánica de Tribunales de Marina, recogido casi literalmente en el artículo 38 del vigente Código de Justicia Militar, ni tampoco está sometida a las disposiciones del Código penal común sobre responsabilidad subsidiaria porque el artículo 245 de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, recogido en el 711 del vigente Código de Justicia Militar, remite las cuestiones civiles contra terce-ras personas a la Jurisdicción Ordinaria, y el 811 del pro-pio Código, si bien faculta al naviero para dirigir escritos al Juzgado Instructor de Marina, especifica que ello no im-plica ejercicio de acción privada ni que se le pueda tener como parte en el procedimiento, y como, además, tal respon-sabilidad subsidiaria sólo se regula en dicha jurisdicción es-pecial para los responsables penales en grado de autoría, com-plicitad o encubrimiento, es claro que la obligación de indem-nizar por el naviero del buque abordador es de carácter mer-cantil siempre y directa, frente al naviero del buque perjudi-cado, cual tiene declarado esta sala en sus sentencia de 20 y 22 de diciembre de 1910 y 20 de diciembre de 1.930, entre otras".

-----



Y, llegando a esta especie de definición jurisprudencial, cabe preguntarse por dos elementos que en la misma se determinan, el que se refiere a la "responsabilidad del naviero como director de la empresa marítima" y el que habla de responsabilidad por los "actos realizados por el personal a sus órdenes". Su estudio lo desarrollaremos, una vez que en el presente apartado hemos acogido la tipología objetiva-no subjetiva- de la responsabilidad, disyuntivamente, preguntandonos si lo que existe es una responsabilidad del empresario de la navegación o de la empresa, con los problemas que ello puede plantear dogmáticamente.

b') Responsabilidad del empresario o de la empresa de navegación. -

a") Presupuestos jurídico-subjetivos. -

La empresa no es una realidad inerte, tiene vida y entidad propia, pero objetiva. No existe como sujeto del tráfico jurídico, sino cuando a través de unos elementos subjetivos, un nombre comercial, unos administradores, un registro público y fiscal, una atribución a personas en una palabra y un reconocimiento externo, entra en el tráfico jurídico, pero no por sí misma sino por quienes la representan, los cuales se obligan a actuar jurídicamente en cuanto personas capaces de derechos y obligaciones y claro está, en cuanto empresarios. Hablar de derecho mercantil como derecho de las empresas es una muy expresiva forma de representar una realidad de hecho, impuesta por algo tan palpable como exponer como sujeto de una actividad comercial -sujeto ficticio, naturalmente- a la individualidad o colectividad del o de los gru-

pos de capital que la sustentan. Pero esto no es sino una formula terminológica que aclara pero no define. Cuando se dice en los artículos 1 y 116 del Código de Comercio que las Compañías mercantiles son comerciantes, cuando se regula su constitución y su inscripción, se está habilitando para ejercer el comercio a una entidad compuesta de un conjunto de personas físicas que se constituyen en persona jurídica y que utilizando una denominación entran como sujetos en el tráfico jurídico. La compañía, la sociedad el conjunto de personas a las que represente ese nombre comercial, son los nuevos sujetos de actos de comercio; el patrimonio, la realidad objetiva de ese conjunto de actividades que constituyen el desarrollo real en que plasman los actos de comercio, es la empresa mercantil; y sus titulares, los empresarios -el comerciante o la sociedad- quienes responden como sujetos de derecho de las obligaciones que ellos mismos hayan hecho nacer. Es evidente que este punto tantas veces tratado, y que indebidamente a nuestro juicio, ha servido para separar en dos campos a la doctrina mercantil desde Mossa, no puede plantearse de forma tan simplista como la expuesta; piensese, sin embargo, que en el epígrafe hemos escrito "presupuestos", además de que en los apartados que tienen carácter de introducción en este trabajo queremos siempre adelantar la primera opinión sobre el problema. Hemos dicho que la polémica empresario-empresa ha separado indebidamente en dos campos a la doctrina. Aclaremos esto. Nos parece que quienes como Wieland y Mossa, siguiendo en parte las arcaicas concepciones de la empresa como persona jurídica, de Mommsem y Endemann, abrieron el campo de las concepciones de la empresa-sujeto, luego desarrollado de manera cada vez más perfeccionada y sobre todo más moderada y con visiones sólo parcialmente subjetivas, unidas a la idea de organización, por Rotondi, Müller -Erzbach, Brecher, Marty y Pasarelli, marcaron una doctrina mercantilista descriptiva

auténticamente definidora del Derecho del Comercio como Derecho de los actos en masa; visión económica-mercantil. En España, la doctrina de la Empresa, estudiada a fondo por su probable introductor, el profesor Polo, con visos subjetivos de empresa-organización-sujeto de actividad, se mixtifica a través de la separación de aspectos estaticos de la empresa (patrimonio) y dinámicos (actividades industriales, bienes y relaciones inmateriales), en el profesor Garrigues, mientras Uría distinguirá entre empresario y aspectos objetivos de la empresa.

El profesor Rubio, en su "Introducción al Derecho Mercantil" tras verificar un analisis exhaustivo de la doctrina va a parcelar el estudio de empresa respecto al de empresario lo que centrará en este todo el problema de la responsabilidad; dando como notas del empresario: "ser la persona individual o colectiva en cuyo nombre se ejerce la empresa; sujeto de la actividad empresarial; el que adquiere los derechos y las obligaciones derivados de los actos jurídicos realizados con ocasión -por y para- de la actividad de producción de la empresa y titular de la empresa concebida como objeto, que puede ser o no dueño de los bienes que lo integran, pero que es el sujeto de los derechos que le han permitido organizarlos con la finalidad de producir para el mercado".

Dentro de esta línea y volviendo al tema que nos ha hecho desviarnos al problema de la empresa en general, creemos que la indebida separación doctrinal en dos campos de nuestra doctrina no nos parece totalmente justificada. Veamos:

Desde 1.943, en que Asquini advertía los perfiles subjetivo, funcional, objetivo y corporativo de la empresa, hasta Fernández Novoa que, aún reconociendo la existencia de un posible concep

to jurídico unitario, admite tres dimensiones: la subjetiva de dinámica o de actividad, la objetiva-patrimonial y la dimensión interna o personal, lo que se plantea es el estudio doctrinal de la realidad empresa como un todo unitario o como un todo que es necesario -al menos doctrinalmente- parcelar para su análisis autónomo. Se reconoce pues la diversidad de realidades dentro de la unidad. Para unas doctrinas predomina el aspecto patrimonial objetivo y con el identifican la empresa; otras se fijan en la organización, la actividad, los elementos subjetivos, etc. Por consiguiente son posturas descriptivas todas ellas razonables tanto las que atomizan el contenido como las que lo unifican en base a una o varias de sus características.

La división doctrinal realmente estriba en considerar al empresario como un elemento constitutivo de la empresa -el subjetivo- o sacarlo fuera de ella para decir que es un titular vinculado, pero no integrado en ella; él es quien se obliga y él el responsable, pero la empresa es algo sobre lo que actúa, con todo el complejo económico, técnico, comercial, orgánico y personal que tiene en sí. En la empresa así las cosas está todo, esa universalidad a la que aludió Rotondi, todo, menos el empresario.

b") El naviero, titular de la responsabilidad, en el Derecho español vigente, por su condición de empresario. -

Es en el Derecho marítimo donde de una manera más patente se personaliza la obligación de responder por daños a terceros por parte del titular de la empresa de navegación. "El naviero responderá... el naviero indemnizará..." se establece su condición de representante a título personal de la nave en puerto, cuando de manera inmediata puede ejercer la empresa cuyo obje-

to y actividad en potencia es el propio buque; el capitán se obliga en el ejercicio por delegación del naviero (actos lícitos) y vincula al titular de ese comercio que se centra en la expedición marítima; también responde por los delitos civiles y penales del capitán en el ejercicio de su cargo (actos ilícitos) y por último debe indemnizar a los terceros, cuando hubiere lugar, por causas dependientes de la conducta del capitán en la custodia de los efectos.

En orden a la responsabilidad como empresario o como propietario del buque partimos de que el naviero es empresario, sea o no propietario, siempre y cuando ostente un derecho sobre el mismo y exista un título suficiente que justifique el ejercicio del comercio utilizando la nave. La responsabilidad del propietario como tal, solo aparecerá -como expone claramente el profesor Garrigues- cuando el capitán se haya obligado contractualmente, aun excediéndose de sus atribuciones, y las cantidades que se reclamen se hayan invertido en beneficio del buque.

Así pues, el naviero queda vinculado como empresario, como comerciante titular de la actividad mercantil que con el buque se lleva a cabo y su responsabilidad se centra en su persona -física o jurídica- en la extensión que cada legislación le asigne.

Lo expuesto no implica que no reconozcamos que en la legislación y jurisprudencia universales no exista a veces una especie de ficción legal y se siga a veces concentrando en la figura del Capitán el cúmulo de relaciones comerciales derivadas de la empresa mercantil marítima. Pensemos que ello se hace siempre partiendo de la idea de representación del naviero por el Capitán. El Capitán entonces aparece personalmente responsable ante carga-

dores y pasajeros. Pero la exoneración de responsabilidades que en las normativas mercantiles se haga del empresario-naviero, cuando existan culpas, imprudencias o negligencias del capitán, se debe al anacronismo de las disposiciones de una parte y a la falta de planteamiento formal en las normas de la idea de representación del naviero por el capitán.

c') A). - Responsabilidad contractual y extracontractual. Los actos lícitos del capitán y la responsabilidad del naviero: El caso especial del time-charter.

El abordaje y la responsabilidad extracontractual.

A lo largo de apartados precedentes hemos visto como el naviero responde en contratos perfeccionados por el capitán y, ni que decir tiene, en los que el mismo lleve a cabo. No existe en este aspecto problema o particularidad, salvo la propia razón de ser de la vinculación por actos lícitos del capitán en esta esfera del contrato, basada en la idea de representación de naviero por el capitán ya aludida, y manifestada extensamente por los Tribunales marítimos que se refieren a su condición de representante del armador por lo que este último se encuentra obligado respecto a terceros, por los compromisos contraídos por el capitán (10) a determinar el carácter legal de dicha representación, que se extiende a la posibilidad de intervenir validamente en su nombre ante los Tribunales (11), afirmando que la circunstancia de la propiedad del buque lleva consigo la responsabilidad del propietario como tal por los actos del capitán (12) y estableciendo que dicha representación queda limitada cuando el buque que se encuentra en puerto con posibi-

-----  
(10) S.T. Mixto Alejandría, 18-2-1924

(11) S. T.M. Argel, 18-12-1924 y S. Amberes, 8-3-1924

(12) S.T. Middelburg (Holanda) 25-6-1923

lidad de comunicación telegráfica con el armador, en cuyo caso el capitán no tendrá facultad para fletar el buque (13). En este mismo sentido se le denomina "encargado y representante" (S. del Tribunal Marítimo de Génova de 25-7-924), basándose en esta idea de representación la de responsabilidad. A estos efectos se viene a plantear, en particular en el Dº Anglosajón, el problema de la responsabilidad en los casos de time-charter. Puede enunciarse así: "Quién queda obligado el armador o el fletador cuando se dé el supuesto de fletamento de buque armado y pertrechado, y se provocan daños a tercero por culpa o negligencia del capitán?"

En una S.T. Apel 4º Circuito EE.UU. de 5 de Febrero de 1924 se afirma que cuando por póliza o conocimiento se decide que el capitán será nombrado por los armadores, sin que participen los fletadores, son los armadores quienes responden, con exclusión de los fletadores. (En el mismo sentido hay sentencias francesas). Se parte pues de una culpa "in eligendo". Aunque exista jurisprudencia un tanto confusa puede afirmarse que en este supuesto y, en general, en todos los casos de time-charter (fletamento-arrendamiento de un buque armado y pertrechado-arrendamiento de un buque armado y pertrechado para navegar), se proponen normalmente estas soluciones:

1º) El armador fletante nombra al capitán y por ello responde de las faltas y culpas náuticas (que v.gr. den lugar a abordaje) de dicho capitán y de la dotación. Puede señalarse como excepción y casi exclusivamente en el derecho anglosajón, el caso en que exista la cláusula "demise of the ship", supuesto en que el fletador puede elegir por sí mismo al capitán y la tripulación, o, aunque no haya sido nombrado por él, tener derecho a

despedirlo, quedando en todo caso bajo la autoridad del fletador; entonces este asume la dirección náutica y comercial del buque. La jurisprudencia anglosajona es modernamente, -según Scrutton- reacia a la admisión de la fórmula de fletamento con demise. En las legislaciones continentales se va aún más lejos, negando la propia vigencia de la cláusula "demise", tachada de ilógica partiendo de que esta situación que exonerará al armador, si bien es válida en las relaciones entre este y el fletador, puede no ser conocida por terceros (14). En Alemania se reconoce asimismo la responsabilidad del armador.

2º) Sin embargo, en las faltas propiamente comerciales y, por consiguiente en los casos en que las relaciones jurídicas afectadas son sólo las de fletador-terceros, responde el fletador en los supuestos de tal carácter por actos del capitán y en general en todo caso.

A pesar de lo expuesto, la jurisprudencia continental tiene varios supuestos en los que desplaza la responsabilidad al fletador en el time-charter (15). Nos encontramos abiertamente en pro de esta solución, por entender que en este tipo de fletamento los intereses en juego son los del fletador a quien debe considerarse empresario de navegación en una expedición time-charter. Si se dá además el caso en que ha elegido personalmente a capitán y dotación, exonerar al fletador resulta un tanto incomprensible. La razón de ser tradicional podría buscarse en los principios de limita-

-----  
(14) S. T. Marsella 23-4-1913; T. Apel de Aix, 25-5-1916 y 21-7-1919.

(15) Fariña cita la SS. de Marsella, 3-1-1906; Cas. Francia, 4-3-1907 y T. Mixto de Alejandría, 24-1-123.



ción de responsabilidad del naviero, por cuanto la facultad de abandono del buque no podría ser en puridad facultad del fletador, pero la práctica nos muestra como la escasa proyección de tal sistema de limitación ni siquiera ahora podría justificar tal postura. Creemos que debería hablarse en el time-charter de naviero-fletador, y provocar su responsabilidad -aún juntamente con el armador-eliminando una exoneración en muchos casos injusta, a no ser que se pruebe -lo que sería ir contra la propia naturaleza del contrato-, que en esta circunstancia el capitán depende funcional, laboral, técnica y, en lo referente a la navegación, mercantilmente incluso, del armador. Pero lo natural al time-charter debe ser la dependencia del fletador y su consiguiente responsabilidad.

B) El abordaje y la responsabilidad extra-contractual.  
Análisis de la jurisprudencia del T.S. en relación al problema. -  
Consideración especial de la S.T.S. de 17 de abril de 1.964:

a) El concepto de naviero y la relación naviero-capitán-miembros de la dotación.

b) Responsabilidad civil principal directa del naviero,  
La posible responsabilidad penal subsidiaria. Los artículos 811 al 813 del Código de Justicia Militar. -

Hemos consignado que las acciones provenientes de abordaje en el ámbito civil, dirigidas a la reparación de daños o indemnización de perjuicios emergentes del hecho de la colisión, tienen su fundamento en el plano extracontractual civil. Sin perjuicio de la acción penal, las acciones por cuasi-delito de los perjudicados se presentarán casi siempre dirigidas contra los capitanes de los buques responsables, al decir de Fariña, por consi-

derarlos como representantes de todos los intereses afectados por el accidente. En ellas se determinará la petición de ejecución subsidiaria sobre el armador. El problema de la subsidiariedad no es sino un velo que encubre la tipicidad de directa de la acción, que, de otra parte, puede dirigirse de forma inmediata contra el armador. Titulares del derecho de accionar serán el capitán y los armadores del buque abordado, así como los cargadores lesionados en sus intereses por pérdidas o averías.

En otro lugar aludíamos a la razón de ser de esta responsabilidad. Se han establecido diversos supuestos de culpa in eligendo o in vigilando, pero llegábamos a la conclusión de que era en la propia naturaleza mercantil de la relación empresario (naviero)-capitán (dependiente mercantil, representante del titular comerciante) donde se encontraba el fundamento.

El naviero, director de la empresa de navegación, es responsable de los actos realizados por sus dependientes, de forma que debe recaer sobre él la responsabilidad civil derivada de los actos ilícitos del Capitán, entendiéndose por tales los que tienen su origen en culpa extracontractual y engendran la necesidad de reparar el daño o indemnizar los perjuicios causados. Tal aserto está determinado por los tantas veces citados arts. 586 -en términos generales- y 826 -para el abordaje en particular- del C. de C.

Lógicamente el alcance de esta responsabilidad se extiende al "damnum emergens" y al "lucrum cessans", por lo que en principio no tiene limitación. Sin embargo, como desarrollaremos al tratar de la extensión de la responsabilidad, esta queda circunscrita

al patrimonio marítimo.

La jurisprudencia civil española sobre abordaje no es extensa. Se pueden consultar las s.s. de 20 de diciembre de 1910; 25 de Mayo de 1.916; 24 de Abril de 1.926; 20 de Diciembre de 1.930; 15 de Octubre de 1.953; 27 de Mayo de 1.958; 2 de Febrero de 1.960 y 17 de Abril de 1.964.

En relación al problema que nos ocupa aquí: naturaleza de la responsabilidad del naviero, son catalogables la primera y la última (esta ya citada y que será analizada en particular) aunque de entre todas pueden obtenerse como conclusiones las siguientes:

1). El naviero responde personal y directamente, en la vía civil, de los daños y perjuicios causados a consecuencia de abordaje debido a culpa, negligencia o imprudencia del Capitán u otro miembro de la dotación de su buque.

2). Tal responsabilidad tiene carácter mercantil y es independiente de la que, por el mismo hecho del abordaje, pueda recaer por el fallo de los tribunales de la Jurisdicción de Marina, cuando el abordaje revista carácter delictivo.

3). La sentencia penal vincula al Juez civil en el ámbito que determina (16) o sea en el de la culpabilidad criminal (17).

-----

(16) Excepción a esta doctrina es la S.T.S. de 24 de Abril de 1926, en la que el T.S., declarada la culpabilidad de un buque por los tribunales penales, califica el hecho como fortuito en la vía civil.

(17) Todos estos problemas serán objeto de ulterior tratamiento al analizar la coexistencia de la doble jurisdicción penal y civil.

En este sentido, la S. T. S. de 20 de diciembre de 1.910

afirma:

"La obligación del naviero del buque abordador de indemnizar daños y perjuicios, previa tasación pericial, viene establecida en este artículo (el 826 del Código de Comercio) con la limitación prescrita en el 837, y es siempre de carácter mercantil, no obstante que el mismo hecho del abordaje y la culpa, negligencia e impericia del Capitán u otros individuos de la dotación del buque que lo haya ocasionado quedan sometidos a la investigación y procedimiento de la Marina de Guerra, y hasta el fallo de sus Tribunales, si el abordaje reviste los caracteres de delito; pero todo ello no desnaturaliza la obligación de indemnizar, ni la subordina en caso de condena a la responsabilidad civil por razón del delito, que sólo afecta a los sentenciados y sus bienes, según el número cuarto del artículo 11 de la Ley Organica de los Tribunales de Marina; así como tampoco viene sometida a las disposiciones del Código Penal sobre responsabilidad subsidiaria, porque el artículo 245 de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina (hoy sustituida por el Código de Justicia Militar) remite las cuestiones civiles contra terceras personas a los Tribunales del Fuero común"

Pasando ahora a la S. T. S. de 17 de abril de 1.964, antes citada y recogida en esencia, podemos plantearnos, dentro del reconocimiento del ámbito de responsabilidad extracontractual que determina y que admitimos, los extremos cuya relación nos hizo entrar en la polémica general del problema del empresario.

Dice la sentencia, que una vez delimitado un supuesto de abordaje culpable, surge la posible responsabilidad penal por delito y la vía civil de reparación; la primera dirigida al autor material del hecho delictivo y la exigencia de reparación del daño al naviero "representante de la propiedad del buque y director de la empresa marítima y, como tal, responsable de los actos realizados por el personal a sus ordenes".

En primer lugar se habla del naviero como "representante de la propiedad del buque y director de la empresa marítima."

De acuerdo con la condición de director de la empresa marítima. Nosotros hemos hablado continuamente de empresario de navegación. Ahora bien, la consideración como "representante de la propiedad del buque" debe delimitarse. En el caso del naviero-propietario no ha lugar el planteamiento por identificación de los presuntos representante y representado; el problema surge en el supuesto de naviero no propietario. El C. de C. habla de representación del buque, dando a entender a nuestro modo de ver que se refiere a las relaciones jurídicas que tienen al buque como medio (de propiedad o copropiedad, de arrendamiento, de transporte, laborales, etc.). Cuando la sentencia habla de representación de la propiedad creemos que se deja guiar un tanto de parte de la doctrina española (v. gr. Fariña) que destierra totalmente el término naviero para hacer girar todo alrededor del propietario del buque identificado con toda la nomenclatura del Código (armador, naviero). Esta idea viene a afirmar que los artículos 586, 587, etc., piensan en el propietario-armador. Ciertamente no ofrece luz en el problema el derecho comparado. Hay confusión en todos los textos inspirados en el Código de Napoleón (Códigos francés y belga). En el Derecho alemán el llamado armador "Ausrüster" Es tá equiparado al propietario propiamente dicho, y en determinados casos, también el no propietario que emplea un buque en la navegación es considerado como "Ausrüster". Con ello ya terminantemente se reconoce la condición de armador a quien emplea, en nombre y por cuenta propia en la navegación, un buque ajeno, con

finés comerciales, conduciéndolo él mismo, o un capitán encargado de la navegación que depende únicamente de este armador -explotador; al cual, en derecho privado, debe considerársele como propietario con relación a terceros; alcanzándole la responsabilidad del empleo del buque y con ella la del resarcimiento de daños a terceros por abordaje.

En derecho español, no deben identificarse propietario y naviero. No es este el lugar de desarrollar este punto debatido ampliamente en los tratados de derecho marítimo. Basta insistir en que, una vez configurada la empresa mercantil marítima, su titular, el naviero, es la persona alrededor de la cual girarán todas las relaciones jurídicas de tal empresa. Cabe preguntarse si ello se debe a esa "representación de propiedad". No; tal aspecto sólo podría pensarse si nos proyectáramos sobre el naviero-gestor de la compañía de copropietarios. Lo que el Tribunal Supremo ha querido decir es que la representación es sobre las relaciones jurídicas vinculadas a la empresa marítima cuya base física es el buque. Mas aún, al hablar de representación -en paralelo al C. de C.- ha querido interpretar la definición de naviero refiriéndola a la propiedad, pero apuntando a la idea de "titularidad de los derechos y obligaciones sobre el buque".

El propio Tribunal Supremo en S. de 2 de Mayo de 1964 (18), determina la centralización en el naviero de las obligaciones y responsabilidades derivadas de un abordaje por negligencia o impericia imputables al patrón del pesquero, del que es naviero,

-----

(18) Vide comentario en Foro Gallego (nº 129, año 1.966) págs. 60 y sigs.

al que define como persona encargada con exclusividad de la explotación, avituallamiento y representación en el tráfico marítimo de un buque, aunque en el presente caso existía una escritura de poder irrevocable conferido por el dueño de la nave, titular registral de su dominio al naviero; todo contribuye a delimitar la condición de naviero de la de propietario. Es definitiva, la expresión "representar la propiedad" debe tomarse no tanto en el sentido propio de representación cuanto en el de "responsabilizarse como titular de derechos y obligaciones sobre el buque".

A continuación, afirma la sentencia: "y como tal responsable de los actos realizados por el personal a sus órdenes"...

Como tal director-empresario. Se generaliza en la frase por "actos del personal", término este de reconocida raigambre laboral. A pesar de no ser exactamente relación jurídica de trabajo la existente entre naviero y capitán, este queda necesariamente incluido dentro de la amplia denominación de "personal" que consideramos adecuada en su empleo presente.

b) Es evidente que el artículo 826 de nuestro C. de C. asigna la responsabilidad, por abordaje culposo, al naviero del buque causante de la colisión. El fundamento del precepto lo hemos tratado en varios puntos de este estudio. Hemos hablado de culpa in eligendo; riesgos profesionales centralizados en la persona, a cuyo cargo se encuentra la explotación mercantil; naturaleza de la empresa mercantil marítima; condición de empresario de navegación; proyección de los principios de la culpa aquiliana; razones económicas y laborales; medidas de seguridad mercantil; fundamentos puramente patrimoniales; necesariamente ligados al de-

recho del comercio; naturaleza de la relación naviero-capitán-miembros de la dotación; etc.

Sin embargo vamos a detenernos ahora en una serie de consideraciones en el Dº Español:

1º) En el abordaje existe una doble proyección jurídica, la penal y la civil. El conocimiento del abordaje en la esfera penal está reservado a la jurisdicción de marina, y a la jurisdicción ordinaria la esfera civil.

2º) Estas jurisdicciones enjuician un mismo hecho y, en cuanto al hecho en sí, analizarán las mismas circunstancias, si bien con diferente finalidad.

3º) La jurisdicción de Marina dirige el procedimiento a la determinación de la existencia de delito, mediante la prevención y formación de Causa, conforme a la normativa del Código de Justicia Militar, hasta la determinación, (arts. 808 y sigs.) de la existencia de indicios racionales de delito, supuesto en el que se decretará el procesamiento del presunto o presuntos responsables del accidente, y la celebración del correspondiente Consejo de Guerra que fallará por sentencia absolutoria o condenatoria de los procesados (capitanes o, miembros de la dotación, práctico etc). sentencia esta que será firme por Decreto de la Autoridad Jurisdiccional competente.

4º) Si dicha sentencia es absolutoria no se pronunciará sobre las responsabilidades civiles, pero si es condenatoria determinará con arreglo al número 5º del artículo 789 del C.J.M.



la responsabilidad civil cuando sea exigible.

5º) El armador (el C.J.M. no utiliza el término naviero, solamente el de armador, los aseguradores, interesados en la carga o cualquier otra persona que, no siendo el procesado, tenga intereses en el asunto, podrán dice el párrafo 2º del art. 811 del C.J.M. - por sí o por medio de sus representantes legales, sin que ello implique ejercicio de acción privada ni que se les tenga por partes en el procedimiento, dirigir los escritos que estimen pertinentes y proponer la práctica de las pruebas que estimen necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos... pero no son partes en el procedimiento.(19)

-----

- (19) Gutierrez de la Cámara afirma que el armador, si bien es tercero en el orden penal no lo es respecto al procedimiento, con lo cual se inclina por aceptar la responsabilidad subsidiaria del armador penalmente, en base a una providencia de la Sala de Justicia del antiguo Consejo Superior de Guerra y Marina de 16 de Octubre de 1.913, y aduciendo también que dicha interpretación se deduce de los artículos 812 y 813 del C.J.M., en cuanto en ellos se establece la necesidad de anotar en el certificado de propiedad del buque la prohibición de su venta mientras no se solventen las responsabilidades del abordaje y la suspensión de la salida de los buques extranjeros a la mar si hay indicios racionales de responsabilidad para algún miembro de la tripulación, pues si la garantía del artículo 812 se adopta solo para el caso de que los perjudicados se decidan a ejercitar la acción civil ante los Tribunales ordinarios resulta que se toma de oficio una resolución que sólo cabe acordar a instancia de parte según el art. 615 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y al hablarse en el art. 813 de responsabilidad de la dotación en mérito a la cual se suspende la salida del buque a la mar, privando al armador de sus derechos, esto parece indicar la condición de este como responsable subsidiario penal; (Gutierrez de la C<sup>a</sup>mara: "Las responsabilidades del abordaje delictivo", Madrid, 1.950).

Orcasitas ("Nueva legislación de abordajes"), participa también de este punto de vista afirmando que "deberá el Consejo de Guerra declarar una responsabilidad subsidiaria de quien resulte obligado por el daño emergente, sin que pronuncie sobre el posible lucro cesante a fin de no vulnerar el art. 711 del C.J.M., que dice que: "La responsabilidad civil que resulte contra terceras personas deberá exigirse ante los Tribunales comunes a instancia de los interesados". Opina Orcasitas que este precepto no quede vulnerado por el reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria del armador, por cuanto "si bien éste no tiene el carácter de parte en el procedimiento, tampoco se encuentra completamente desvinculado de él en lo que al daño emergente se refiere".

Contra las dos opiniones expuestas se encuentra la del Magistrado del Tribunal Supremo Ogayar y Ayllón ("Responsabilidades que origine el abordaje y su efectividad", REDMAR., primeras jornadas Nacionales de Dº Marítimo, Madrid 1.967), quien tajantemente entiende que en la Jurisdicción de Marina no existe la responsabilidad civil subsidiaria.

Para dicho autor el art. 813 del C.J.M. referente al embargo preventivo del buque abordador es un contrasentido.

Sobre estas cuestiones y teorías volveremos al tratar de la problemática de la doble proyección jurisdiccional del abordaje.

-----

69) Conforme al artículo 711 del C.J.M., la responsabilidad civil que resulte contra terceras personas deberá exigirse ante los tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, lo cual parece predeterminar que no podrán los Consejos de Guerra establecer la responsabilidad penal subsidiaria del naviero del buque abordador, para el caso de que resulte insolvente el capitán, patrón o miembro de la dotación declarado culpable del delito.

Sin embargo, los artículos 812 y 813 del C.J.M., establecen limitaciones a los derechos del naviero del buque presunto culpable, por cuanto puede ordenarse la anotación en el certificado de propiedad del buque o buques presuntos culpables de abordaje la "prohibición de venta mientras no se solventen las responsabilidades derivadas del abordaje (art. 812) y de otro lado (art. 813) puede decretarse la suspensión de la salida a la mar de los buques extranjeros que hayan intervenido en el abordaje cuando aparezcan indicios racionales de responsabilidad en miembro o miembros de sus dotaciones, mientras no se aseguren por fianza las responsabilidades civiles.

79) Por consiguiente; de lo expuesto se deduce:

a) Visto el art. 711, en relación con el art. 205 del Código de Justicia Militar, se observa que dicho texto legal guarda silencio sobre los responsables subsidiarios a los que se refiere el artículo 22, en relación con el 21 del Código Penal Común (amos maestros, ... empresas, etc.).

b) Podría establecerse, conforme al art. 257 del C.J.M., que estas normas del C.P. común (arts. 21 y 22 se aplicarán al

caso de abordaje como derecho supletorio, no solo del C.J.M. sino de la propia Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. No vemos inconveniente alguno en ello y nos parece totalmente admisibl

c) Sin embargo, lo cierto es que los Consejos de Guerra no suelen pronunciarse, declarada la culpabilidad del capitán, patrón, etc., en sus sentencias, sobre esta responsabilidad subsidia-  
ria del naviero.

De hecho podrían hacerlo creemos, pero resulta un tanto contradictorio, por las siguientes razones:

-) El naviero (o armador como dice el C.J.M.) no es parte en el procedimiento y, lo que es más característico, no puede ser parte. Unicamente puede aportar pruebas en defensa de sus intereses "en el asunto" (20).

-----  
(20) ¿ Cuales son esos "intereses en el asunto" de los que habla el art. 811?. Sin duda los patrimoniales del propio procedi-  
miento penal. El art. 811 presupone la afectación patrimonial de armadores, aseguradores, interesados en la carga o cual-  
quier otra persona.

Entendemos, sin embargo, que esos intereses se refieren a la posible condena y consiguiente evaluación de daños que poste-  
riormente vinculará al Juez civil. Bien entendido que en deter-  
minados casos y como medida de aseguramiento podrán decre-  
tarse las previsiones (prohibición de venta y embargo preventi-  
vo de buque extranjero) de los arts. 812 y 813 del C.J.M.

-) De hecho, los intereses del armador, en el proceso penal, son mediatos en tanto en cuanto la cosa juzgada penal va a determinar la vía de ejecución de responsabilidades civiles, en particular en lo que al daño emergente se refiere.

-) Resulta un tanto improcedente condenar a quien no puede ser parte en el proceso, siendo así que sólo puede realizar alegaciones y peticiones, que podrán ser admitidas o rechazadas por el Juez Instructor.

-) La determinación de los daños y perjuicios, si bien se verifica cuidadosamente en la instrucción que se lleva a cabo por el Juez de Marina, a través de determinaciones periciales y evaluación oficial de daños, no está sujeta a contradicción ni a disquisiciones lógicas, probatorias en toda disceptación con intereses patrimoniales contrapuestos. El procedimiento penal tiene una finalidad que excede de las determinaciones patrimoniales. Por ello, partiendo de la posible versión civil ulterior del ámbito patrimonial y su reconstrucción, en ese caso, oídas las partes a tal objeto, no parece fundamental pronunciarse sobre esta responsabilidad subsidiaria.

-) La responsabilidad del naviero en el abordaje tiene carácter absolutamente jurídico-mercantil en nuestro derecho, como en todas las jurisdicciones, siendo los tribunales ordinarios los que con la caracterización fáctica y criminal dolosa o culposa, en su caso, pueden determinar las consecuencias patrimoniales del hecho, posteriormente.

En resumen:

1) A pesar del contenido del artículo 711 del C.J.M., te

niendo en cuenta junto a todas las razones expuestas, la condición de procedimiento especial que, con el de naufragio, tiene el abordaje en dicho cuerpo legal, por proyección subsidiaria de los arts. 21 y 22 del Código Penal, no existe inconveniente en admitir la responsabilidad penal subsidiaria del naviero "prima facie".

2) Tal admisibilidad se avala asimismo por las medidas precautorias que sobre el buque puedan tomarse en el procedimiento penal, de acuerdo con los artículos 812 y 813 del propio Código de Justicia Militar. De ellos, el 813 queda complementado con la normativa del Convenio de Bruselas de 10 de Mayo de 1.952, ratificado por España el 11 de Septiembre de 1.953, el cual de manera abierta determina la posibilidad de embargo preventivo de buques extranjeros.

Fijémonos en que este embargo no podía verificarse por el Juez de Marina simplemente por el tenor del art. 813 del C.J.M., que únicamente permitía la "suspensión de la salida a la mar del buque". Existían dudas sobre si el Convenio de Bruselas derogó, en este punto y para este supuesto concreto, el artículo 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su casuística documentación para embargar, por el principio "lex posterior derogat anterior" (repetimos, lógicamente, solo en este supuesto de abordaje) conforme lo entiende nuestra jurisprudencia y la doctrina (21). El problema no se plantea actualmente desde la vigencia de la Ley de 8 de abril de 1.967 (nº 2/67), sobre embargo preventivo de buques extranjeros por créditos marítimos, que incorpora plenamente el Convenio de 1952, bastando que se alegue el derecho o créditos reclamados y la causa que los motivate.

3) Volviendo a los puntos -resumen sobre responsabilidad subsidiaria- es claro que la no consideración de parte procesal del -----

naviero, su indefensión, vincula tácitamente el no pronunciamiento. Tal status podría soslayarse mediante una reforma, que, partiendo de la naturaleza especial de estos procedimientos en la Jurisdicción de Marina, se abriera a la presencia del naviero como parte incluso como acusador particular.

Dejamos este problema para ser tratado en su momento, cuando estudiemos la doble jurisdicción en sus diversas proyecciones.

4) Quede pues patente nuestro punto de vista: existencia de responsabilidad civil directa y principal del naviero en caso de abordaje, en sentencia en que el Juez civil tendrá en cuenta la cosa juzgada penal y la evaluación de daños y perjuicios realizada en la instrucción de la causa criminal y, posibilidad "de iure" de responsabilidad subsidiaria penal, si bien paliada por razones procesales de fondo y dogmático jurídicas, completadas por la razón de ser -y finalidad extraña un tanto a los aspectos mercantiles y patrimoniales del abordaje- de la Jurisdicción de Marina.

Es, la del naviero en el abordaje, una responsabilidad que pudieramos denominar "mercantil-marítima", derivada de su condición de empresario de la navegación. Su vinculación a los efectos del presunto delito de abordaje debe ser sólo en las vías del art. 811: "la aportación de pruebas convenientes para el mejor esclarecimiento de los hechos". Reiteramos que esta exclusión de la responsabilidad civil derivada de la penal que afirmamos, será sometida a nuevo estudio en su momento, analizando la posible revisión del sistema.

c) Otros aspectos doctrinales sobre el fundamento extra-

contractual de la responsabilidad del naviero en el abordaje culposo en relación con los supuestos contractuales de vinculación.

Aunque creemos han quedado delimitados los puntos esenciales de este problema, debemos concluir su análisis desde el ángulo doctrinal. Dos posturas surgen en el enfoque del fundamento en el terreno de la especulación teórica; de una parte, la que recurre a los principios del derecho civil; culpa y responsabilidad extracontractual, en el caso del abordaje; mandato, representación, gestión de negocios ajenos, etc. en otras vertientes de la relación naviero-capitán; y, de otra, la que mediante abstracciones convergentes en el hecho de la empresa mercantil marítima, configura la responsabilidad real del buque. Así definen que la base objetiva de las relaciones jurídicas es el patrimonio flotante, lo que hará escribir a Bonnecase que "el legislador no ve más que el buque, lo ha personificado y se refiere al mismo, prescindiendo del armador". En esta dirección, aunque sin acentuar este aspecto de "personificación", se encuentran asertos de Danjón y Ripert; así como de Abram y Verneaus.

La doctrina española en esta materia ha sido analizada en varios apartados de este trabajo. En relación al abordaje, el problema se centra en el ángulo civil.

Desde el maestro Garrigues a los más caracterizados maritimistas, queda terminantemente clara la tipicidad de los arts. 826 y 837 del C. de C., en relación al 1.902 y 1.903, del C.C.

El sistema general, puede describirse razonadamente a la luz de la S.T.S. de España de 29 de Noviembre de 1.927, la cual, aunque no se refiere a un supuesto abordaje, plantea una serie de problemas sobre relaciones naviero-capitán y los derechos



de tercero por actos realizados por este último.

En dicha sentencia, se puntualiza el fundamento de la responsabilidad del naviero por la naturaleza especial del comercio marítimo que, protegiendo los derechos de tercero, concede a estos garantías y a la nave responsabilidades para que no se paralice en ningún caso la vida mercantil y el tráfico.

-) Los navieros y propietarios de los buques responden de los actos del capitán y de las obligaciones contraídas por este, siempre que las cantidades se hayan invertido en beneficio del buque.

-) La responsabilidad surge de los principios que rigen el contrato de mandato o el cuasi-contrato de gestión de negocios, ya que el capitán obra como mandatario o gestor.

Junto a estos principios de la S.T.S. citada, los específicos del abordaje, de la muy repetida jurisprudencia (22), que se refiere a bases casi puramente extracontractuales, vía arts. 586 y 826 del C. de C. (23) Menendez (artículo de la referencia), con un aná-

-----

(22) Vide las ya citadas de 20 y 22 de Diciembre de 1.910; 25 de Mayo de 1.916; 24 de Abril de 1.926; 20 de Diciembre de 1.930 15 de Octubre de 1.953; 27 de Mayo de 1.958; 2 de Febrero de 1.960 y 17 de Abril de 1.964.

(23) Una analítica exposición de los diversos puntos de vista puede verse en Girón Tena: "El naviero: Directrices actuales de su actual régimen jurídico" En esta obra como en el artículo de Aurelio Menéndez, ya citado: "La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro C. de C.", en REDMAR, fascículo 5, año 1.966/67; se encuentran análisis muy completos sobre el problema. Anteriores estudios tratan también extensamente el tema. V.gr. Rubio: "Sobre el concepto de naviero en el C. de C.", Madrid 1.940 y Sánchez Calero: "El Contrato de Transporte marítimo de mercaderías", Madrid 1957.

lisis histórico mercantil, principalmente sobre el Código del 29, y estudiando dogmáticamente el art. 618 del C. de C., llega a la conclusión de que existen modelos para reconocer la esfera contractual de la responsabilidad del naviero por actos del capitán, lícitos o ilícitos, casi generales. Que la extra-contractual propiamente dicha no aparece en nuestro C. de C., salvo en la materia relativa al abordaje. Ello no significa que del resto de la esfera de relaciones jurídicas no puedan deducirse responsabilidades por la vía del 1.902 y siguientes del C.C., pero solamente en el abordaje deja patente el legislador mercantil este punto. La mayor parte de los supuestos del art. 618 entran en la esfera de ejecutados -en frase de Menendez- por "el auxiliar en el cumplimiento, que ocupa la misma posición que el principal en la ejecución del contrato", pero el párrafo 1º del art. 618 deja la puerta abierta a la doble faceta, contractual y extra-contractual; y nos fijamos en este punto por cuanto el art. 618, 8º, se refiere a daños que resulten por inobservancia del Reglamento para prevenir abordajes.

La responsabilidad del naviero "para con los terceros" es evidentemente consecuencia del contrato subyacente y de su cumplimiento. El naviero se obliga; v.gr. al transporte y cuidado de las mercaderías del cargador, a su entrega en plazo determinado, etc. y, lógicamente, se vincula por todas y cada una de las cláusulas del contrato.

Pero ¿y los daños que sobrevengan a las propias mercaderías o a un tercer buque; y los perjuicios que se irroguen por causa no determinada específicamente en el contrato?

Es evidente que la esfera contractual regirá la relación naviero-terceros en toda la extensión de los contratos en que se ba-

se, pero en los supuestos del art. 618, como en cualquiera otros, la protección al tercero tendrá que salir de las estrechas paredes del contrato, para cubrir determinadas reparaciones de daños o indemnizaciones de perjuicios.

Queda patente la esfera extra-contractual del abordaje y las razones técnicas, jurídicas y hasta económicas que fundamentan la sujeción del naviero.

## VIII

LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN LOS CASOS DE ABORDAJE FORTUITO; DUDOSO Y CULPABLE BILATERAL.

- A) El supuesto de abordaje fortuito
- B) El abordaje dudoso y sus consecuencias.
- C) Las responsabilidades en el caso de culpa común.

## VIII

### LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN LOS CASOS DE ABORDAJE FORTUITO; DUDOSO Y CULPABLE BILATERAL. -

#### A) El supuesto de abordaje fortuito. -

Se entiende por abordaje fortuito aquel que es debido a causa no imputable a ninguno de los buques participantes en la colisión o a fuerza mayor, en tal supuesto, el artículo 830 del Código de Comercio determina:

"Si un buque abordase a otro por causa fortuita o de fuerza mayor, cada nave y su carga soportará sus propios daños".

La norma es similar a la que para tal caso prevee el artículo 2º del Convenio de Bruselas de 23 de Septiembre de 1910, a cuyo tenor:

"Si el abordaje es fortuito, si es debido a un caso de fuerza mayor o existe duda sobre las causas del mismo, soportarán los daños quienes los hayan sufrido.

Esta disposición será aplicable al caso en que los buques o uno de ellos se encuentren fondeados en el momento del accidente".

El segundo párrafo de este artículo del Convenio tiene también su equivalente en el Código de Comercio en el art. 832, con forme al cual:

"Si, por efecto de un temporal o de otra causa de fuerza

mayor, un buque que se halla debidamente fondeado y amarrado, abordare a los inmediatos a él causándoles averías, el daño ocurrido tendrá la consideración de avería simple del buque abordado.

El presupuesto del abordaje fortuito es, por tanto, que ninguno de los dos buques haya incurrido en culpa o negligencia, contravinendo en alguna forma el Reglamento o, aún sin infracción del mismo, actuado con leve imprudencia causal del accidente. Debe puntualizarse que esta fortuidad viene a determinarse con efectos sobre las responsabilidades patrimoniales, por el Tribunal Civil. El hecho de que en la sentencia criminal se absuelva a los presuntos culpables, no prejuzga sobre la fortuidad de la colisión a efectos civiles. La culpa civil reconocida en la Jurisdicción Ordinaria, será suficiente para configurar responsabilidad extracontractual, vía art. 1.902 del Código Civil y con aplicación del criterio del art. 826 del Código de Comercio en relación a las obligaciones del naviero del buque abordador.

Si se reconoce la consideración de fortuito, las consecuencias patrimoniales serán:

- ) Los daños resultantes se soportarán por el buque que los haya sufrido.
- ) Las averías o daños sufridos por el cargamento recaen en principio sobre los dueños de las mercancías; aunque se reconoce como excepción, el hecho de concurrir fuerza mayor, que haya dado lugar a provocación del abordaje para evitar un mal de mayor magnitud, supuesto este que nos hace entrar en el ámbito de la avería común y en la aplicación de las reglas que rigen la misma.

B) El abordaje dudoso y sus consecuencias.

Nuestro Código de Comercio define el abordaje dudoso en el artículo 828, que establece:

"La disposición del artículo anterior es aplicable al caso en que no pueda determinarse cual de los dos buques ha sido causante del abordaje"

Según este artículo podría decirse que es dudoso el no culpable, en el que no concurren circunstancias probatorias de fortudad o de fuerza mayor.

El Código equipara las responsabilidades derivadas de este tipo, a las del culpable bilateral; o sea cada cual soportará su propio daño y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargos, debiendo entenderse el término "cargo" como integrador de las mercaderías transportadas, obligaciones respecto al pasaje y demás inherentes a la empresa mercantil marítima en el caso concreto.

El Convenio de Bruselas se separa aquí, como en el caso del culpable bilateral, de nuestra legislación, al afirmar en el párrafo primero de su artículo 4º.

"Si existe falta común, la responsabilidad de cada uno de los buques será proporcional a la gravedad de las faltas que respectivamente haya cometido. Esto no obstante, si en vista de las circunstancias no puede establecerse la proporción, o si las faltas aparecen como equivalentes, la responsabilidad se compartirá por partes iguales".

Frente al principio "cada buque soportará sus propios daños", el Convenio establece la mancomunidad en la cobertura de los producidos en los buques que colisionan, salvo el caso en que pueda obtenerse una graduación de culpas, en cuyo supuesto se aplicará la proporción entre la responsabilidad y el grado de culpabilidad.

Conforme al nº 2º del párrafo 2º del artículo 12, del Convenio "cuando todos los interesados pertenezcan al mismo Estado que el Tribunal que conozca del asunto será aplicable la ley nacional y no el Convenio". Por consiguiente, se excluyen de la normativa internacional, a la que se adhirió España el 17 de Noviembre de 1923, los abordajes entre buques españoles de los que entienda tribunal español.

C) Las responsabilidades en caso de culpa común.

Ya hemos establecido los dos criterios existentes en la normativa interna e internacional. Evidentemente el criterio de proporcionalidad es más equitativo.

De hecho en España viene aplicándose por la vía del arbitraje de Derecho privado, como en otro lugar de este trabajo hemos comentado.

Hoy este sistema rige en la mayor parte de las legislaciones, que han puesto acordes sus normas de Derecho interno con el Convenio. Este es el caso de Inglaterra, Italia, Francia, Bélgica, Argentina, etc. Existía ya el criterio en Alemania y Dinamarca.

La dificultad estriba en admitir formas de graduación de



culpas, calibrar que infracciones reglamentarias son más graves (24). Ciertamente no pueden existir reglas generales, por lo que habrá que estar a cada caso concreto.

De otro lado, el Convenio; junto a esta responsabilidad proporcional y, en caso de culpa equivalente mancomunidad; reserva la responsabilidad solidaria en lo referente a los daños personales, al determinar el párrafo tercero del art. 4:

"Los buques culpables responderán solidariamente con respecto a terceros de los daños causados por muerte o heridos, salvo la acción que pueda interponer el que haya pagado una parte superior a la que, conforme al primer párrafo de este artículo, debe soportar en definitiva".

Observemos que surge aquí otra divergencia, puesto que en tanto que nuestro Código se inclina por admitir la solidaridad respecto de los "daños y perjuicios causados en los respectivos cargos";

-----

(24) En este sentido afirma Fariña, (Derecho Comercial Marítimo, tomo III, pág. 40):

Así, por ejemplo, se ha estimado que la ausencia de luces de situación constituye una culpa grave: S.T. Bougie 28-5-1.903; que la constituye también la falta de vigilancia al maniobrar en parajes muy frecuentados: S.T. Apel. Rouen, 24-6-1908; se ha declarado que la más grave culpa que puede cometer un capitán en tiempo de niebla es la de navegar a toda máquina y que al lado de esta culpa otros errores pueden ser considerados sin influencia en el abordaje: S. 29-10-1926; que entre dos buques incurridos en culpa por velocidad exagerada en tiempo de niebla, el que además omite parar al oír una señal fónica, o cambia de rumbo, agrava la culpa correspondiente: S.T. Justicia Inglaterra 14-1-1929 se ha equiparado la culpa incurrida por un buque al no tener encendidas las luces de situación, con la del abordado al no tener la debida vigilancia: S.T. Apel. Caen, 20-2-1895.

el Convenio sólo establece dicha solidaridad en los daños personales.

Analizando conjuntamente ambos sistemas, el cuadro comparativo es este:

| Código de Comercio   | Convenio  |
|--|---|
| - Ausencia de proporcionalidad en la responsabilidad, derivada de la graduación de culpas. | - Graduación de la culpa y proporcionalidad en la responsabilidad                               |
| - Cada buque soporta sus propios daños.  | - Los daños de ambos buques integrados, se dividen entre ellos, caso de equivalencia de culpas. |
| - De los daños en el "carga, de carácter material responden <u>ambos</u> solidariamente.   | - Esta solidaridad solo se reconoce para los daños personales.                                  |

Extensión de la Responsabilidad del Naviero. -

Introducción:- Sistemas de limitación.- Los Convenios de Bruselas de 10 de Octubre de 1.957 y 29 de Abril de 1.961.- Otras formas legales y convencionales de limitación y en su caso de exoneración de responsabilidad, vinculadas al contrato de fletamento.

- ) Contraste entre el sistema de limitación de responsabilidad del naviero para el caso de abordaje y los demás sistemas.
- ) El sistema legal español. -
  - ) Los arts. 587 y 837 del C. de C.
  - ) Criterio general: Sistema de abandono.
  - ) Criterio especial: Sistema "ad valorem" para el supuesto de abordaje.

### Extensión de la Responsabilidad del Naviero. -

La responsabilidad del naviero, cuya fundamentación general en Derecho Español hemos analizado tiene como características esenciales su objetividad, por tener su origen en su condición de empresario y no en actos que tengan condición de propios o personales: y su limitación, por quedar fuera del alcance del principio de responsabilidad patrimonial universal. Suficientemente expuesto el primer as pecto, pasemos a analizar el segundo.

### Sistemas de limitación. -

Su análisis lo realizamos en breve esquema por exceder de este lugar su tratamiento. Son los fundamentales:

- 1º) El abandono: sistema latino.
- 2º) Responsabilidad "ad valorem".
- 3º) Sistema de suma de responsabilidad.
- 4º) Responsabilidad real: sistema germano.
- 5º) Sistema de los Convenios de Bruselas de 10 de octubre de 1.957 y 29 de Abril de 1.961.

1) Sistema de abandono. - En él no existe una previa limitación legal, porque, en principio, no se da la segunda de las características que citábamos. La limitación surge en el momento de la ejecución, por cuanto el naviero ostenta la facultad de hacer abandono de su patrimonio marítimo (fortuna de mar) a los acreedores. Conforme a tales supuestos la responsabilidad se extiende al buque con todas sus pertenencias y accesorios, así como a los fletes devengados durante el viaje en el que surgió o nació la responsabilidad en sí.

La naturaleza jurídica del abandono -que es el sistema que establece nuestro Código de Comercio en el artículo 587- es la de cesión de derechos y acciones, sin que entrañe necesariamente un paso de propiedad del buque, toda vez que si cubiertos los distintos créditos con la fortuna de mar queda un resto, este pertenece al naviero.

El Código de Comercio español establece el sistema, si bien no con carácter general, ya que además del principio de limitación del art. 586, sustenta el especial para el abordaje del art. 837, que limita el alcance de la responsabilidad civil del naviero, caso de producirse este accidente, al "valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje".

#### 2º) Responsabilidad "ad valorem"

Es el seguido por los EE.UU. Limita la responsabilidad del naviero al valor del buque y al flete. En los EE.UU. concurre con el sistema de cesión de la fortuna de mar, opcional para el naviero.

#### 3º) Sistema de suma de responsabilidad. -

O sistema inglés. En él la responsabilidad queda limitada por el tonelaje del buque, en cuantía de ocho libras por tonelada de registro en caso de daños materiales y siete libras más para el supuesto de daños personales.

4º) Sistema germano o de responsabilidad real. - No ostenta particularidad alguna, salvo que precisa terminantemente la limitación a la fortuna de mar, entendida como patrimonio separado del naviero circunscrito a cada buque; y establece que no se precisa declaración alguna del naviero sobre esta limitación, que no se otorgará cuando

do la responsabilidad derive de falta imputable al propio armador por actos propios.

52) Sistema de los Convenios de Bruselas de 10 de Octubre de 1.957 y 29 de Abril de 1.961.

Heredero directo del de 25 de agosto de 1924, es una proyección concreta del sistema de suma de responsabilidad. Las sumas a las que el propietario (el Convenio centra la responsabilidad en el propietario) puede ceñir la limitación son las que señale su art. 3º.

- Mil francos (25) por tonelada de arqueo del buque en caso de que la responsabilidad sea por daños materiales.
- Tres mil cien francos por tonelada si sólo se provocan daños personales.
- Si concurren ambas clases de daños, esta misma suma de 3.100 francos por tonelada de arqueo, de los que se asignan 2100 a daños personales y 1.000 a los materiales, si bien por preferencia de los primeros, cuando del montante resultante no hayan podido cubrirse los créditos, por el resto concurren los titulares con los acreedores por daños materiales.

Posteriormente, el 29 de abril de 1.961, se firmó el Convenio sobre limitación de la responsabilidad derivada del Transporte marítimo de pasajeros, en el que se establece la obligación del transportista de ser diligente en poner y conservar al buque en estado de navegabilidad y convenientemente armado, equipado y aprovisionado para el transporte y seguridad de los pasajeros, siendo responsable de los perjuicios resultantes de muertes o lesiones que sufran, si la causa de dichos perjuicios hubiese acaecido en el curso del

-----

(25) Se refiere al franco Poincaré, cuyo valor es de 5'14 pts.

transporte y fuese imputable a falta de diligencia del transportista a sus agentes. Tal negligencia se presume existente, salvo prueba en contrario, si la muerte o lesiones corporales sobrevinieren con motivo de naufragio, abordaje, varada, explosión o incendio; en los demás casos la prueba de la negligencia incumbirá al demandante perjudicado.

Conforme a su artículo 6, la responsabilidad del transportista para el caso de muerte o lesiones corporales se limita a una suma de 250.000 francos Poincaré por persona. Sin embargo, por la legislación nacional de cada una de las altas partes contratantes, respecto de sus transportistas o por convenio con el pasajero, se podrá fijar un límite de responsabilidad "per capita" más elevado.

Este Convenio, aún no ratificado por España, ha sido completado por el aprobado en la XII Conferencia Diplomática de Bruselas de mayo de 1.967, sobre transporte de equipajes de pasajeros por mar.

-) Otras formas legales y convencionales de limitación y en su caso de exoneración de responsabilidad, vinculadas al contrato de fletamento. -

Pasaremos lista someramente a las limitaciones de responsabilidad del naviero en el caso concreto de las relaciones fletante - cargador, para tener una primera visión, antes de entrar en el análisis concreto de la limitación en el supuesto de abordaje. Algunas de ellas son realmente historia, desde la internacionalización del sistema.

a) "La negligence clause"

Según ella el naviero fletante queda exonerado de responsabilidad ante los cargadores por las faltas que puedan cometer el capitán y la tripulación.

La Cláusula no actúa por consiguiente cuando la responsabilidad nace por actos propios del naviero o por su orden. Su aplicación quedó limitada desde el Convenio de Bruselas de 1.924.

b) La ley "Harter". -

De aplicación para el transporte en o desde puertos de los EE. UU., tiene rango supletorio de las normas del Convenio, adaptadas en dicho país desde 1.936. Estuvo en vigor desde 1.893. La ley era típicamente proteccionista respecto a los cargadores y establecía la nulidad e ilegalidad de la inserción en los conocimientos por parte del propietario, naviero o capitán, de cualquier cláusula o convención sobre exención de responsabilidad por pérdidas o avería resultante de negligencia, falta u omisión en el embarque, es tibia, custodia, conservación y entrega de las mercaderías transporta das. Demostrada la debida diligencia en el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con dichas finalidades, se establece la exen ción de responsabilidad por razón de faltas de carácter náutico, caso fortuito o fuerza mayor, vicio propio de las cosas, culpa del car gador o razones de salvamento.

Hay cierto paralelismo con las normas de los Convenios de Bruselas y con nuestra Ley de 22 de Diciembre de 1.949, y ello por la proyección de la distinción entre faltas náuticas y faltas comer ciales, al establecerse la inoperancia, respecto de estas últimas, de cualquier cláusula de exoneración y fundamentando, existente la "due diligence", la posible exoneración por las náuticas.



c) La ley española de 22 de Diciembre de 1.949, en relación al Convenio de Bruselas de 1.924. -

Establecen la responsabilidad (art. 3 del Convenio y arts. 6 al 10 de la Ley) del capitán para con el naviero y de éste para con los terceros que hubieran contratado con él y, en concreto para con los cargadores por las pérdidas, daños, averías o cualesquiera perjuicios, en relación a los efectos embarcados, configurando la nulidad de las cláusulas de exoneración o atenuación de la responsabilidad del porteador, provenientes de negligencia o incumplimiento de sus deberes.

Paralelamente se fundamenta la exoneración de responsabilidad del mismo por pérdidas o daños derivados de innavegabilidad del buque, siempre que pruebe la debida diligencia en el mantenimiento de la nave en el estado exigido. Dicha exoneración alcanza a los daños o perjuicios sobrevenidos en relación a la carga, por faltas del capitán o miembros de la dotación e incluso del práctico; así como en los supuestos de caso fortuito, vis maior o culpa del cargador.

La limitación de responsabilidad se fija en el equivalente a diez mil francos Pinceré por bulto o unidad o 30 pts. por kilogramo de peso bruto de las mercaderías dañadas o pérdidas. Dichas unidades se individualizan aunque el transporte se verifique en "container" o similar.

Todas las presuntas consideraciones las hemos realizado para proyectar la problemática sobre el supuesto de abordaje, sobre el que se analizará la fundamentación de los principios de limitación de responsabilidad del naviero a la "fortuna de mar", consideran-

do el articulado del Código de Comercio, en relación a la reglamentación internacional y analizando la extensión de dicha responsabilidad con el estudio casuístico de los daños y perjuicios indemnizables.

-) El sistema legal español. -

-) El art. 587. -

El Código de Comercio asimila el sistema de abandono del Derecho francés, pero solamente en las responsabilidades a que diere lugar la conducta del Capitán en la custodia del cargamento, sin extenderlo como en aquella legislación a todos los actos y contratos del Capitán en relación a la empresa marítima.

-) El art. 837. -

La limitación de responsabilidad del naviero para el supuesto de abordaje se establece en este precepto, determinándose en el "valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados durante el viaje".

La ya repetida S.T.S. de 17 de Abril de 1.964, ha venido a interpretar y clasificar el artículo, afirmando que dicho valor ha de fijarse en el que tenía inmediatamente antes del siniestro.

Ahora bien, este no es el tenor exacto de la sentencia que dice:

Considerando: Que el naviero, representante legal de la propiedad del buque, responde, al igual que todo patrono o principal, de los actos de sus dependientes o subordinados y, por tanto, de los

realizados por el Capitán, responsabilidad que es en principio personal e ilimitada, pero puede circunscribirse al patrimonio marítimo constituido por el buque con sus accesorios y productos, mediante la facultad de abandono, la que no se admite en el abordaje, pero como este se produce sin el control del propietario o naviero, se consideró equitativa una limitación a la responsabilidad contraída por los actos del Capitán, recogida en el artículo 837 del C. Com. el que preceptúa que "la responsabilidad civil que contraen los navieros en los casos de abordaje se entiende limitada al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje" planteándose en el motivo tercero cual debe ser el momento de apreciación de su valor, lo que soluciona el recurrente estimando que dicho valor del buque debe fijarse después del abordaje y en el estado que se encuentre al llegar a puerto, solución que no puede compartir esta Sala, por las razones siguientes: 1ª. El precepto, al no aclarar si el valor del-buque ha de ser el de antes o posterior al siniestro, ha de interpretarse en el sentido más adecuado para el logro del propósito del legislador, que es el de limitación de responsabilidad, pero no de exoneración absoluta, la que se produciría si el buque culpable queda hundido, porque al desaparecer el valor de aquel, el naviero perjudicado no podría ser indemnizado de los daños que sufrió, 2ª Si, como es frecuente en el abordaje, el buque culpable sufre daños, al valorarse aquel después de producidos estos, el naviero del mismo se beneficia con una reducción en la cantidad a indemnizar, cual es el importe de sus propios daños, y el del abordado percibe de menos esa cantidad, al soportar los daños del culpable: 3ª Al decir el artículo 837 "valor de la nave", es claro que se refiere, no al buque en sí mismo -razón por la que no puede utilizarse el derecho de abandono-, sino a su estimación económica, la que debe fijarse en el momento en que nace la responsabilidad del naviero, que es el instante en que se produce el hecho que la origina: y 4ª El texto legal precisa que los fletes han de ser los devengados en el viaje, es decir, los percibidos o a percibir por el naviero, lo que excluye toda idea de deducción de los gastos de navegación y si su cuantía es una de las dos establecidas por la ley para indemnizar los perjuicios causados, no hay duda que la otra, consistente en el valor del buque, ha de fijarse en el que tenía inmediatamente antes del siniestro, para que sea eficaz la reparación de los daños producidos, y al estimarlo así la sentencia combatida, ha aplicado con acierto el citado artículo 837, lo que impone la desestimación de este motivo y con él la totalidad del recurso que se examina, con los pronunciamientos ordenados en el artículo 1.784 de la ley procesal.

Se dice pues que la responsabilidad del naviero debe fijarse "en el instante en que se produce el hecho que la origina".

Aunque luego añade que consistiendo en el valor del buque, este "ha de fijarse en el que tenía inmediatamente antes del siniestro".

Pues bien, el fondo y el desarrollo de la completísima sentencia está claro y es terminante en el sentido expuesto de precisar que el valor del buque debe ser el anterior al accidente, y por ello compartimos la idea de que la responsabilidad por abordaje "nazca en el momento" de la colisión. El naviero es responsable como empresario de la navegación de todo acaecimiento o riesgo por el hecho de ser naviero, condición que hace que tenga sujeta la fortuna de mar desde que comienza la empresa marítima. Ahora bien, en caso de abordaje y si se producen los presupuestos del art. 826 o sigs., queda precisada la obligación de indemnización por ese evento concreto y responderá con la fortuna de mar en el instante de la colisión, que es la totalidad, tomada en el momento precedente.

En cualquier caso, salvo matices, la claridad interpretativa es máxima. La sentencia ha sido objeto de amplios comentarios, entre los que destacan los de Monfort Belenguer ("la fortuna de mar", en REDMAR, nºs. 9 y 10) y Goñi Etchvers, en el mismo número.

Este último afirma:

Los dos sistemas en que tradicionalmente se encuadran las soluciones adoptadas para la limitación de la responsabilidad en Derecho Marítimo, son recogidos por nuestro Código de Comercio.

La limitación in rem, peculiar de los países latinos, que consiste básicamente en abandonar el buque a los acreedores, se aplica a la responsabilidad civil del naviero por la conducta del Capitán en la custodia del cargamento y en la responsabilidad por los salarios de la tripulación, entre otros varios. El otro sistema, el de la limitación "ad valorem", está presidido por la idea de la determinación de una cantidad que representa el máximo que podrá recuperarse del naviero responsable, en los supuestos en que se admite. En este caso el buque representa, si acaso, un término de referencia, mientras que en el anterior constituye el objeto de la ejecución. Esta elemental definición, que, como es natural, precisaría de una mucha mayor concreción, nos sirve al propósito que nos anima en este momento.

Ciertamente este sistema de la limitación ad valorem, como más elaborado, es el que tiende a predominar en el momento actual, porque responde mejor a las exigencias económicas. Ahora bien, lo que llamamos sistemas no debe entenderse sino como una línea rectora, que, en los respectivos ordenamientos jurídicos, se despliega en numerosas variantes con características propias, que coexisten e incluso se superponen, de modo que no resulta a veces fácil su deslinde.

La fórmula tradicional inglesa fija un tanto por tonelada e incluso asigna una cifra distinta de libras por tonelada, según la causa de la responsabilidad (daños materiales o lesiones).

El sistema ha sido incorporado al Convenio Internacional de Limitación de la Responsabilidad de los propietarios de buques (Convenio de Madrid), firmado en Bruselas en 1.957, al que

se opuso tenazmente la representación italiana asumiendo la defensa del criterio predominante en los países latinos, entre ellos España; y verdaderamente representa la solución más equitativa, por que objetiviza al máximo el quantum de la limitación, favoreciendo a los buques mejor conservados y de mayor valor con relación a su peso.

Al parecer el C. de C. ha querido matizar la distinción entre una regla general de limitación de responsabilidad del naviero, a través del abandono, y un especial sistema ad valorem para el caso de abordaje, excepcionalmente. Y aquí radica la perfecta distinción. Veámos:

-) Criterio General: Sistema de abandono. -

El naviero, empresario de la navegación, tiene sometida la fortuna de mar en orden a responder de todos los daños y perjucios que surjan de la expedición marítima. Por ello, con cualquier acaecimiento, él cumplirá con hacer entrega del buque -abandono- con todas sus pertenencias, con una sola excepción, el supuesto de abordaje.

La fortuna de mar en el abandono integrará también los derechos contra el asegurador y cualquiera otros vinculados al buque.

-) Criterio especial: Sistema ad valorem para el supuesto de abordaje. -

Conforme al art. 837, el naviero, en caso de abordaje, responderá de los daños y perjuicios causados, a consecuencia de la

colisión, si bien limitadamente hasta el valor de la nave y pertenencias más los fletes devengados durante el viaje, todo ello tomado o medido en el momento que precede a la colisión.

Entre otras razones, Goñi afirma que "siendo la limitación un beneficio excepcional, en caso de oscuridad interpretativa habrá de decidirse por la solución más restringida, es decir, lo que menos favorezca al deudor que tenga este privilegio de limitación de responsabilidad", dando a entender, por consiguiente, que toda duda sobre el art. 837 debía solventarse en todo caso por la vía que lo ha hecho el T.S., de vincular al buque por su valor antes del siniestro, sin posibilidad de acogerse a una extensión del sistema del abandono.

La duplicidad puede justificarse, suponiendo que el legislador de 1.885 distinguiera entre ambas fórmulas. Veamos que posibles razones pudieron dirigirlo:

-) Se producen daños y perjuicios para otro buque; por consiguiente quedan afectados intereses patrimoniales totalmente ajenos a la empresa de navegación.

-) El régimen de abandono puede justificarse en relación a acreedores, contra los perjudicados que se encuentran vinculados a la empresa de navegación del buque considerado, nunca en relación a otro buque.

1) La limitación del art. 837 se debe a que el abordaje se produce sin el control del propietario o naviero, por lo que parece adecuado limitar la responsabilidad del naviero cuando surge exclusivamente, como en este caso, por actos del Capitán o miembro de la dotación.

-) El autorizar el sistema de abandono en caso de abordaje supondría en muchos casos que los acreedores se encontraran con un buque con graves averías, e incluso en estado de innavegabilidad total, o bien definitivamente inservible; siempre quedaría la posibilidad del seguro de la nave, pero con esto no puede contar el legislador, que protege a los acreedores partiendo de supuestos de hecho peculiares y formula este régimen especial.

El C. de C. ha acogido así dos sistemas distintos. No nosotros hemos tratado de justificarlo aquí. Pero, como dice Girón lo grave, si leemos la Exposición de Motivos, es que parece que para el C. de C. ambas formas son equivalentes. La solución es tratar de acercar ambos sistemas en su interpretación y aplicación a cada caso concreto y, con muy buena voluntad, considerar, como en cierto modo lo hemos hecho aquí, que la distinción puede tener algún sentido.

La adopción de los principios del Convenio de 1.957, urge para concluir con estos problemas.



X

Extensión de la responsabilidad del Naviero en el abordaje

La reparación de daños y la indemnización de perjuicios.

I - El principio de la "restitutio in integrum"

II - Alcance y limitación de la reparación e indemnización.

a) La XXV Conferencia del Comité Marítimo Internacional.

b) Extensión de la responsabilidad objetivamente.- Daños y perjuicios susceptibles de reparación o indemnización.- Tratamiento especial del "-Lucrum cessans!"- Análisis de la jurisprudencia internacional y principios doctrinales.

c) El problema en los Tribunales Españoles.-

a') Principios generales.- La limitación de responsabilidad del artículo 837 del Código de Comercio.

b') El valor del buque abordado sin culpa y de las reparaciones.

c') La indemnización por perjuicios sufridos a consecuencia de inmovilización del buque.- El caso especial de los pesqueros.

d') Otros problemas que pueden plantearse en el ámbito de las reparaciones e indemnizaciones: el reemplazamiento del buque; el caso especial del time-charter; lugar de valoración y moneda en que deben abonarse las cantidades determinadas en la sentencia.

X

EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO EN EL  
ABORDAJE.- LA REPARACION DE DAÑOS E INDEMNIZACION DE  
PERJUICIOS.-

I.- El principio de la restitutio in integrum. -

Es evidente que la proyección del principio "alterum non laedere" sobre las relaciones jurídicas que coexisten en Derecho Marítimo, caracterizada y delimitada especialmente en la normativa de los Códigos de Comercio, no hace sino recoger la teoría general del Derecho en este punto. De la lesión injusta de un derecho ajeno, conforme al principio de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación preestablecida que cuando proviene de culpa o negligencia -propia o de persona por la que se deba responder- no referidas a vínculo contractual, nace la responsabilidad que, en estos supuestos, establecen los artículos 1.101, 1.902 y 1.903 del Código Civil, en el Derecho español, con carácter general, constituyendo su tenor la proyección contractual y extracontractual de la responsabilidad y la configuración del principio de la "restitutio in integrum".

El principio ha de conjugarse aquí con el de la limitación de la responsabilidad del naviero a la fortuna de mar, justificada como expone claramente el profesor Garrigues de una parte la especial naturaleza del tráfico marítimo, en donde el empresario se mantiene fuera del centro de su empresa -nave- y queda sometido a las consecuencias jurídicas en el orden contractual y extracontrac-

tual de una actividad -la del capitán del buque- que cae fuera del círculo de su voluntad; y de otra, en una razón de equidad, apoyada en la elevada cuantía que pueden alcanzar las responsabilidades derivadas de dicha actividad; unido todo ello al hecho de la descentralización económica que implica toda industria marítima, al tener como consecuencia la constitución de tantos patrimonios separados como buques.

Refiriendonos al caso concreto del abordaje estas bases se encuentran recogidas en los artículos 826 y 837 de nuestro Código de Comercio, paralelos, en esencia, a los criterios que se establecieron en las sucesivas convenciones de Bruselas de 1.910, 1.924 y 1.957.

## II. Alcance y limitación de la reparación. -

-) Problemática que plantea al existir divergencias entre las legislaciones. -

No suele existir una divergencia aguda sobre el criterio general expuesto a efectos de reparación e indemnización pero sí, naturalmente, sobre sus aplicaciones concretas. Tengase en cuenta que se parte de principios generales de códigos civiles o de comercio; la legislación acude a la abstracción de tales principios de una parte y de los marítimo-mercantiles de otra, sobre responsabilidad patrimonial; pero sin especificar, ni concretar analíticamente, cuales son los daños y perjuicios indemnizables, siendo únicamente la jurisprudencia y los usos del comercio los que tienen que resolver en cada caso.

De ahí que tratemos este problema partiendo de este presupuesto que es tanto como reclamar -aquí como en tantas ocasiones en Derecho marítimo- una reglamentación convencional unitaria internacional, cuyas vías ya se encuentran abiertas.

a) La 25 Conferencia del Comité Marítimo Internacional.-

En la reunión del Bureau Permanent du Comité Maritime International de 30 de Junio de 1.957, Leopold Dor reveló las divergencias existentes entre usos, prácticas y jurisprudencia de los distintos países en la fijación de los daños e intereses en materia de abordaje (26), por lo que consideraba aconsejable el estudio de un proyecto de convención internacional sobre la materia (27). Fueron analizados por Dor los informes presentados por una serie de países y los trabajos culminaron en la presentación, por la Asociación francesa al Bureau Permanent, de un ante-proyecto de Convención Internacional sobre la fijación de daños y perjuicios en los abordajes marítimos. Tal ante-proyecto fué tratado por la Conferencia del Comité Marítimo Internacional, celebrada en Atenas el 21 de Abril de 1.962.

No se llegó a un acuerdo de carácter pleno, pero si surgieron tres principios esenciales en la materia:

-----

(26) Sobre este punto Plinio Manca; "Studi di Diritto della Navigazione"; vol. III, págs. 121 y sigs.

(27) Sería una gran ventaja -dirá Dor- para un armador que envía su buque a países lejanos, saber que en caso de abordaje la fijación de daños y perjuicios sería decidida con arreglo a un texto único comparable a las Reglas de York y Amberes.

1) La reparación debe reponer a la víctima en una situación tan exacta como sea posible a aquella en que permanecería si el abordaje no hubiera ocurrido.

2) La víctima debe siempre paliar el daño o el perjuicio en la medida de lo posible.

3) El autor del abordaje responde del perjuicio razonablemente imputable a su falta.

Como se ve son principios aproximados a la "restitutio in integrum" que en materia de abordaje ha consagrado como ninguna otra la jurisprudencia anglosajona, tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos.

En todo caso no queda claro, como es lógico, la proyección a los casos concretos de daños y perjuicios.

Ese estudio es el que trataremos de realizar ahora considerando parte de la jurisprudencia internacional sobre el problema.

b) Extensión de la responsabilidad. - Daños y perjuicios susceptibles de reparación o indemnización.

Tratamiento especial del "lucrum cessans". -

La doctrina enumera los tipos de daños y perjuicios con ligeras variantes. Quizás un estudio concreto más claro es el de Le Clere (28) que cita, como típicos, los siguientes:

-----  
(28) Julien Le Clere: "L'abordage en droit maritime et en droit fluvial", págs. 190 y sigs.

- 1) Remuneración de la asistencia, cuando haya tenido lugar.
- 2) Gastos de remolque y derivados del mismo, más los producidos por no coincidir el puerto de refugio tras la colisión, con el destino.
- 3) Gastos de entrada en el puerto de refugio (practicaje, remolque interior, tasas, derechos de muelle, etc.).
- 4) Coste de peritaciones y controles técnicos.
- 5) Coste de las reparaciones, e incluso el reemplazamiento del buque inservible (con la deducción teórica de viejo a nuevo) reemplazamiento de los pertrechos, así como de las artes de pesca extraviadas con motivo del abordaje.
- 6) Control de trabajos y ensayos del nuevo material (señala aquí Le Clere, específicamente, "Lloyds" o "Veritas").
- 7) Gastos concernientes a equipajes.
- 8) Gastos referentes a la carga (descarga, depósito en almacenes, nuevo transporte, depreciación, avería común).
- 9) Daños y perjuicios causados a las personas (muerte, lesiones, pérdidas).
- 10) Gastos por detención del buque y ganancias dejadas de obtener.

11) Pérdidas e intereses derivados de gastos generales, gastos de procedimiento y daño moral.

12) Gastos de salida del puerto de reparación, viaje hasta el lugar de colisión y practica.

Fariña (29) puntualiza la necesidad de que todo daño debe ser consecuencia directa del abordaje, provocados -como los perjuicios- por la colisión como causa única y directa, estableciendo así mismo el carácter exclusivamente civil de la reclamación, si bien en este punto y por lo que se refiere al derecho y jurisprudencia españoles ya hemos visto (al tratar del fundamento, naturaleza y características de la responsabilidad del naviero) como la Jurisdicción de Marina señala las responsabilidades civiles derivadas de la penal y parte de la doctrina -v.gr. Gutierrez de la Cámara- reitera esta competencia para el señalamiento con carácter general de las responsabilidades patrimoniales. De este problema volverá a tratarse en otro lugar.

Deben ser computados todos los gastos necesarios para poner al buque reparado en la situación en que se encontraba antes de la colisión, comprendiendo -por tanto- el coste de inspección y clasificación, la indemnización por la ruptura de los contratos pre-existentes con motivo de la expedición y la contribución a las averías comunes, si se produjeron. En general consideramos adecuada la sistematización de Le Clere.

-----

(29) Vease en "Derecho Comercial Marítimo, tomo III, págs. 171 y sigs. y también en "Abordajes, Reglamentación Internacional", pág. 153.

Tratamiento especial del *lucrum cessans*. -

Aunque en la jurisprudencia internacional del siglo pasado, apegada al criterio de considerar el lucro cesante por inmovilización del buque mera consecuencia indirecta del abordaje, se consideraba improcedente esta causa de indemnización, en el presente se reconoce de manera general la relación de causalidad.

El criterio básico es determinar la obligación por parte del naviero perjudicado de justificar el valor del tiempo pér<sub>u</sub>do por la inmovilización de su buque y las razones en que basa su reclamación. Como sistemas fundamentales de regulación pueden citarse los siguientes:

1) Fijación en base a sobreestadias y contratos preexis<sub>t</sub>entes de las ganancias dejadas de obtener (S.T. Amberes, 8.11.1951)

2) Cálculo de beneficio neto que hubiera podido obtener el buque durante ese tiempo, prescindiendo de la base preexistente del arrendamiento y flete en el momento del accidente (S. Cámara de los Lores de 30.3.1922).

3) Cálculo en base al promedio de los viajes efectuados por el buque durante un año en el periodo anterior a las reparaciones y un año después de haberse realizado estas (S.T. Rotterdam de 6 de marzo de 1.930).

4) Establecer la privación de beneficio en base a la determinación del flete que hubiera ganado el buque abordado durante el tiempo que ha necesitado para las reparaciones. (S.T. Hamburgo, 28.9.1933).



5) En EE.UU., con criterio general, se establece la necesidad de prueba del déficit de beneficio durante las reparaciones, no existiendo dicha prueba si tal tiempo fue el de las gestiones necesarias para la contratación. La jurisprudencia norteamericana exige, por tanto, una prueba razonable del perjudicado, pudiendo oponer al responsable que si el buque no hubiese estado inmovilizado por el accidente tampoco hubiera obtenido los beneficios objeto de reclamación.

6) Los tribunales británicos establecen, por contraste, una presunción de la existencia del perjuicio por el mero hecho de haber quedado el armador privado del disfrute de su buque.

7) Julien Le Clere, en la obra citada, expone la problemática para el derecho francés, estableciendo de una parte la necesidad o autenticidad de la inmovilización del navío perjudicado y de otra la prueba del perjuicio. La indemnización puede alcanzar al tiempo empleado en la consecución de un buque que reemplace al inservible. Indica asimismo una serie de casos particulares, como son:

a) La inexistencia de derecho e indemnización por inmovilización del buque de guerra, salvo si puede probarse una pérdida real, consecuencia directa del abordaje (pone el ejemplo del petrolero militar inmovilizado que precisa buque que lo reemplace).

b) El reconocimiento del perjuicio de los pesqueros por pérdida de días de actividad.

En el análisis de varias sentencias afirma la necesi-

dad de prueba de la causación directa, inmediata y única del perjuicio; a consecuencia del abordaje. En este sentido, la Corte de Casación de Francia, en sentencia de 4 de febrero de 1.952, determina:

a) Que la indisponibilidad debe ser "exclusivamente imputable" al buque abordador.

b) El armador que ha elegido el astillero para las reparaciones debe evitar el aumento del perjuicio con una duración anormal del tiempo empleado en la puesta a punto.

c) La inmovilización se computará desde la fecha del accidente y no desde la entrada del buque en dique seco para la reparación; siendo el día término de este periodo el de la conclusión de las obras, incluyendose, si se realizan, los periodos de pruebas.

Recientemente en sentencia del Tribunal de Comercio de Rouen, de 23 de junio de 1.961 (Droit maritime français, número 170, febrero 1.963, páginas 90-92), se determina que el importe de la indemnización diaria se fijará tomando en consideración la importancia, el valor y los gastos de explotación de este buque, así como el déficit de ganancia sufrido. Tomaremos parte de esta sentencia, en sus conclusiones.

I. - El capitán del buque, que ha sido reconocido responsable del abordaje a otro buque y de sus consecuencias, y que ha convenido que las reparaciones necesarias a éste, derivadas de la colisión, serían realizadas más tarde, a la vez que los trabajos de su carenaje, no puede quejarse de la duración de la inmovilización fijada por los primeros jueces, teniendo en cuenta que los trabajos consecutivos al abordaje han durado más que los normales de carena,

de manera que, para ganar tiempo, los trabajos debidos al abordaje han sido efectuados en horas extraordinarias.

II. - El importe de la indemnización diaria, debida durante la inmovilización del buque abordado, para reparaciones debe ser fijado tomando en consideración la importancia, el valor y los gastos de explotación de este buque, así como déficit de ganancia sufrido.

III. - Cuando las reparaciones que han sido necesarias por el abordaje se han realizado de común acuerdo entre las partes, con ocasión de la revisión de la carena del buque, el buque abordador no está obligado a abonar los gastos de practica necesarios en todo caso para el carenaje. Tampoco le corresponde pagar los honorarios del comisario de averías, que ha actuado únicamente en calidad de consejero del capitán del buque abordado. La sentencia confirmatoria de todos los puntos prefijados en la primera instancia en Droit Maritime Français, núm. 170, febrero 1.963, páginas 90-92.

Del mismo modo, el principio del beneficio neto, determinando una especie de balance con sus imaginarios "debe" y "haber", se observa en otra sentencia de 5 de noviembre de 1.963, esta de la Corte de Apelación de Rennes. En ella se calibran en abstracto los índices que deben utilizarse para calificar el daño emergente y el lucro cesante de un pesquero inmovilizado durante un año.

La Corte resolvió el litigio planteado sobre el cómputo de los daños y perjuicios que podían considerarse como reparación de los sufridos por el pesquero "Belle-Groissillonne, a consecuencia de su inmovilización, después del abordaje acaecido en abril de 1960 con el también pesquero "Notre-Dame" de la Chaume, declarado responsable en 1.962, habiéndose encomendado a un experto la valoración y no estando conformes con las conclusiones formuladas, especialmente en cuanto a la interpretación de lo que debía entenderse por beneficios netos durante el período de setenta y seis días que había durado la inmovilización, se declaró:

Para calcular el importe de los daños y perjuicios representativos de la reparación del perjuicio ocasionado al armador de un

buque inmovilizado a consecuencia de un abordaje no hay que basarse en el beneficio neto obtenido por el armador en el transcurso de un año de pesca, sino en el perjuicio nacido de la inmovilización del buque. En consecuencia, para evaluar su importe, se debe tener en cuenta, en primer término, que durante la inmovilización el buque no ha tenido que soportar gasto alguno, ni pérdida, ni usura de los aparejos de pesca, que las primas del seguro y las tarifas del alquiler de los aparatos electrónicos han sido reducidas y que no ha habido necesidad de abonar ningún salario, a excepción de los gastos de gerencia. Pero conviene añadir a la suma así obtenido la reparación del deterioro de los aparejos de pesca durante la inmovilización y tener en cuenta las dificultades en procurarse una dotación calificada y, finalmente, considerar un período de buen tiempo, favorable a buenos rendimientos de la pesca. (S. en Droit Maritime Français, núm. 193, 1.965, enero, págs. 20 y sigs.).

Por lo que respecta al Derecho Italiano, no ostenta norma específica, como es regla prácticamente general, respecto a los daños y perjuicios derivados del abordaje. Es por ello que en él, son de aplicación los principios generales, partiendo del básico de consecución (restitución) en el margen posible de una situación patrimonial igual a la anterior a la comisión del acto ilícito. Todo ello conforme a las reglas de los artículos 1.223, 1.226 y 1.227 del Código civil italiano, aplicables a los actos ilícitos en virtud del artículo 2.056 del mismo cuerpo legal. En estos artículos se establece:

- Que el resarcimiento comprenderá la pérdida sobrevenida del acreedor en cuanto sea consecuencia directa del accidente.
- Que el daño deberá ser probado y será liquidado por el Juez con evaluación equitativa.
- Que el resarcimiento no es debido por el daño que el acreedor hubiere podido evitar usando de la debida diligencia.

Como señala Plinio Manca (obra citada), el principio de la restitutio in integrum proclamado por la 25 Conferencia del Comité Marítimo Internacional, es seguido por la Asociación Italiana, como lo es por la doctrina y jurisprudencia, entre otras naciones, de Bélgica, Polonia, Grecia y Gran Bretaña. Se reclama su pronunciamiento con carácter especial para el abordaje por la Asociación Italiana (Manca y Lefebvre d'Ovidio).

En particular, el propio Manca llega más lejos y propone la redacción de una regla idéntica a la "C" de las de York y Amberes, en la Conferencia de 15 de Abril de 1.962.

Dicha regla dice que "solo se admitirán en avería gruesa los daños, pérdidas o gastos que sean consecuencia directa del acto de avería gruesa. Las pérdidas o daños sufridos por el buque o la carga a causa del retraso, sea durante el viaje sea posteriormente, tales como las demoras y cualquier pérdida indirecta, como la diferencia de cotización, no se admitirán en avería gruesa".

Como vemos el inciso primero sería el utilizable, al referirse a la "consecuencia directa" y, adaptada la norma, tendría interesante aplicación.

La propuesta -sin embargo- fue objeto de críticas por parte de la Asociación Francesa (Pietri), afirmando que el dominio de las Reglas de York y Amberes es el contractual y no podían traerse a colación normas previstas para las relaciones entre el naviero y su carga o el fletante y los cargadores.

La objeción carece de sentido, por cuanto el ámbito de la reparación del daño, que es tanto como el de la responsabilidad

en abstracto, debe atender en ese punto a la relación de causalidad, independientemente del origen contractual o nó de la relación jurídica básica. De otro lado se trataba -creemos- de adaptar una norma no de incluir en ella el supuesto de avería simple por accidente de abordaje.

La determinación del valor específico, en el Derecho Italiano utiliza el criterio del valor en mercado. Pero ¿qué mercado?

Dada la diferente evaluación, particularmente en momentos anteriores y posteriores a las situaciones conflictivas (el problema se vió claro en las conflagraciones mundiales), se discute la preponderancia de la fijación según mercado internacional o nacional. La pregunta se propuso en el cuestionario de Dor y fue resulta de forma distinta por las diversas asociaciones. Contestaron inclinándose por la valoración internacional Suecia y Bélgica y por la nacional Noruega, Argentina, Polonia, Inglaterra y Alemania. A este índice nacional respondió el anteproyecto. Por este criterio parece prudente inclinarse, por los principios básicos de derecho de obligaciones, por cuanto se trata de resarcir a un determinado acreedor, de indemnizarle de su perjuicio concreto; y este perjuicio será tanto más exacto teniendo en cuenta las condiciones específicas del lugar donde ejerce su actividad mercantil, el mercado interno del país cuya nacionalidad ostente la empresa armadora.

No obstante el problema es realmente agudo si se piensa en los diferentes posibles criterios de valoración, la diferente dimensión de la industria naval en los países, e incluso las diferentes políticas económicas restrictivas o expansivas, proteccionistas o de mercado abierto internacional para la adquisición de buques.

Se ve clara una vez más, en este punto, la necesidad de uniformidad internacional en el tratamiento de estas cuestiones.

c) Análisis del problema en los Tribunales españoles.

a) Principios generales.- La limitación de responsabilidad del art. 837 del C. de C.

Coinciden con la jurisprudencia internacional, comprendiendo no sólo el daño ocasionado al buque con el que se colisionó, sino también todos los perjuicios que sean consecuencia directa del accidente.

Habrà que computar los costes de reparaciones en caso de averías simples, con la deducción de nuevo a viejo, teniendo en cuenta que dicha deducción ostentará signo positivo o negativo según los casos. A continuación figuran todos los gastos citados anteriormente con carácter de generalidad: salvamento y reflote, en su caso; remolque; los devengados en el puerto de arribada; derechos de entrada, salida y estancia en dicho puerto; descarga y almacenaje; manutención y salarios de los tripulantes; protesta; peritos; inspección y clasificación del buque; indemnización por ruptura de contratos de fletamento; contribución a las averías comunes si hubiera habido lugar a las mismas; asistencia; perjuicios por inmovilización; indemnizaciones de otro carácter, etc.

Naturalmente, todo el sistema, bajo el principio específico de limitación de responsabilidad del naviero al valor del buque y fletes devengados durante el viaje, conforme al criterio de limitación "ad valorem" que establece el artículo 837 del Código de comer

cio. Sobre tal punto, según la S.T.S. de 20 de diciembre de 1.910, corresponde al demandado probar que la indemnización pedida supera, en su caso, al valor del buque abordador más el del flete. De esta cantidad no cabe deducir el importe de la avería habida en dicho buque abordador, a consecuencia del abordaje, ni los gastos del flete.

Veamos algunos apartados de la Sentencia de 2 de abril de 1.960, de la Audiencia Territorial de Burgos (Revista Española de Derecho Marítimo, tomo 5, páginas 76 y siguientes.)

Considerando que declarada la responsabilidad del buque M. y la inimputabilidad del oficial que lo mandaba al R.M. en el momento del siniestro y respecto del abordaje, es evidente la subrogación de la Compañía demandante en lugar del asegurado, "N.M.Q.", a tenor de lo dispuesto en el artículo 780 del Código de Comercio en todos los derechos y acciones contra los que por su culpa causaron la destrucción del navío asegurado, y siendo la acción que competía al naviero asegurado la derivada del arpetido artículo 826 del mismo Código, surge evidente la obligación del naviero del M. de indemnizar a la actora; si bien con la limitación que establece su artículo 837 del mismo Código, es decir, el valor del buque M. con todas sus pertenencias y fletes devengados durante el viaje en que el abordaje tuvo lugar. Corresponde al demandado probar que la indemnización pedida supera el valor del barco y flete (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1.910); del material obrante en autos, pericial, llevada a efecto, se deduce que el valor del buque abordante en la época del accidente era de 1.375.000 pesetas, y de la documental aportada que el flete del viaje ascendía a la cantidad de --- 60.411,80 pesetas, por lo que se deduce que el demandado debe indemnizar a la actora la cifra de 1.435.411,80 pesetas, que era cabalmente la fortuna de mar del naviero demandado el día 6 de diciembre de 1.951; y sin que quepa deducir de esta cifra el importe de la avería habida en el M. a consecuencia del abordaje, ni de los gastos del flete, ya que la Ley en el precitado artículo 837 del Código de Comercio no hace ningún género de distinguos ni salvedades, y es principio jurídico el de no distinguir donde ésta no lo hace, aparte que cualquiera otra interpretación conduciría al absurdo, pues en el supuesto de que el buque responsable a consecuencia del siniestro se hundiera y perdiese en absoluto, se harían ilusorios los derechos del naviero abordado para obtener la indemnización que el artículo 826



señala. De otro lado, aceptando en su integridad los razonamientos de la sentencia apelada, en su segundo considerando, se impone no deducir los derechos de la actora al porcentaje de su participación real en el seguro que asumió.

Considerando que reclamada una indemnización por la actora, no cabe aplicar el artículo 1.110 y concordantes del Código Civil en orden a la solicitud de intereses según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que procede desestimar la demanda en este punto.

Considerando que no se aprecia temeridad ni mala fé en ninguna de las partes litigantes, no se hace expresa declaración en cuanto a las costas causadas en este recurso".

En el mismo sentido, tomamos del tomo 7 de la citada Revista (págs. 390 y siguientes), un considerando de la misma Audiencia Territorial, en el abordaje Aurora-Puerto de Pajares (Sentencia de 18 de octubre de 1.962).

Considerando que el artículo 837 del Código de Comercio nos dice que la responsabilidad civil que contraen los navieros en los casos prescritos en esta sección, se entiende limitada al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje, y la ya tan repetida sentencia de 20 de diciembre de 1.910, aclara que corresponde al naviero del buque abordante probar que la indemnización pedida supera al valor del buque y sus fletes; cumpliendo en esta carga de prueba, el demandado acreditó, documental y pericialmente, que el valor de la nave ascendía a la suma de --- 1.522.307 pesetas, y el importe de los fletes devengados era de 53.988 pesetas, en definitiva uno y otro sumandos arroja la cantidad de 1.575.285 pesetas, que por ser la fortuna de mar del naviero demandado el día en que el abordaje se produjo, había de entregar a los actores a quienes se lesionó económicamente bien en forma directa, como a la Empresa naviera reclamante, o en la indirecta, de la subrogación operada con base en el artículo 780 del Código de Comercio por las Compañías aseguradores, sin que sean deducibles ni los gastos de fletes, ni el importe de las averías que sufrió el "Auro-ra", ya que el referido artículo 837 del Código de Comercio, no hace ningún género de distinguos ni salvedades, y es principio jurídico que donde la Ley no distingue no debemos distinguir.

b') El valor del buque abordado, sin culpa, y de las reparaciones.-

A efectos de reparación de daños, el Tribunal Supremo admite como regla general, sobre el valor del buque:

1º) En principio, este valor será el de precio de compra (11-10-1.928).

2º) Sin embargo, este precio no representa el valor comercial y efectivo del buque.

3º) El dato para fijar la valoración es el del valor total de la nave abordada cuando se declare esta pérdida, aunque después se repare y salve. Sobre este baremo, en tiempo, recae la responsabilidad civil de la nave causante de abordaje culposo. (S. de 30 de diciembre de 1.930).

No insistimos aquí en el tratamiento de las cuestiones sobre los criterios decisivos para la valoración "open market" y nacional. El problema se plantea sobre todo en casos de pérdida total. En la parcial los conceptos justificados por el armador, que lógicamente oscilarán por las circunstancias de cada caso, serán los susceptibles de catalogación y reconocimiento.

Sobre los modelos de catalogación serán los periciales generalmente admitidos y, en particular los de la Inspección de Buques. En este sentido la Audiencia Territorial de Valencia, en Sentencia de 14 de junio de 1.962, especifica:

"Considerando que por los razonamientos precedentes se está en el caso de estimar la demanda promovida y en cuanto al montante de la reclamación esta sala estima ajustada a ponderados

límites la cantidad que arroja el importe de los daños sufridos conforme al dictamen pericial emitido por el ingeniero naval inspector de buques, por la suma de..."

Como vemos se atiende a prueba pericial fehaciente, si se encuentra ajustada a "ponderados límites".

c') La indemnización por perjuicios sufridos a consecuencia de inmovilización del buque.- El caso especial de los pesqueros.-

Puede también concluirse que se siguen en este punto los criterios generalmente admitidos de admisión y prueba. Se entienden consecuencia directa de la colisión, si así se prueba, requiriéndose la exclusiva imputabilidad de la inmovilización al abordaje y se computan desde la fecha del accidente hasta el término de la reparación.

El concepto de la indemnización debe ser calculado -según Fariña- con arreglo a estas bases:

a) El gasto diario del buque durante el período de la inmovilización.

b) La pérdida del beneficio neto que hubiera reportado en ese período la explotación comercial del buque.

Como se comprende hay que operar el cálculo por comparación con períodos normales para llegar a fijar cifras lo más aproximadas a la realidad y que resulten equitativas, pues dada la naturaleza de algunos conceptos que juegan en ese cómputo, es imposible una determinación exacta.

Para establecer la base a) hay que partir de un cálculo por día de todos los gastos fijos del buque; la nómina mensual

suministrará esos gastos de salarios y manutención incluyendo lo computable en su caso. A estos conceptos habrá que agregar:

Salarios extras.

Gratificaciones de mando y máquina.

Sobre la suma de estos conceptos hay que aplicar los porcentajes por cargas sociales.

A estos gastos fijos hay que añadir los siguientes:

Gastos mensuales calculables sobre un promedio por:

- 1.-Conservación del buque (limpieza de fondos, rascado y pintado etc.).
- 2.-Seguro del casco(según la póliza).
- 3.-Gastos generales y de administración (porcentaje de gastos por sostenimiento de oficina, correo y telégrafo, viajes, etc.).
- 4.-Amortización (cálculo razonable según la clase y edad del buque. coste a que se ha adquirido, etc.).
- 5.-Otros gastos. Todos estos conceptos facilitarán un sumando y un porcentaje de gasto diario al que es preciso añadir otros capítulos:

Gastos de viajes del buque.- Se establece como que el buque pueda realizar determinado número de viajes al mes. Con las pólizas de fletamento, conocimientos y los sobordos, puede llegarse a un cómputo de gasto aproximado correspondiente al mes anterior al que se produjo el accidente y paralización así como en el mes posterior a las reparaciones y reanudar el buque sus rotaciones, con un número determinado de días de mar.

Sobre esta base hay que operar el cálculo siguiente:

- 1.-Gastos de consumo durante X días navegables, a X litros de gas-oil, o a X toneladas de carbón por singladura.
- 2.-Gastos de lubricantes. Porcentaje por día para añadir al grupo anterior de gastos fijos. Suma de consumos de todas clases correspondientes a X días.

3.- Un 2% de sobordo correspondiente a la tripulación calculado en un porcentaje sobre estos abonos mensuales, o sobre los fletes brutos promediables por mes. Cómputo correspondiente por día.

4.- Despachos en puerto. Computo de los gastos que aparezcan justificados durante esos mismos períodos y cálculo del porcentaje correspondiente al período de inmovilización.

5.- Comisión a agentes. Calculada sobre el importe de los fletes brutos mensuales.

Total de gastos fijos y de gastos del buque navegando, proporcionales al período de inmovilización...

Fletes brutos (calculados sobre los conocimientos de embarque y pólizas de fletamento) correspondientes al período de paralización del buque.

A deducir:

Gastos totales que tendría que soportar el armador: gastos fijos y de navegación durante ese período...

Beneficio comercial dejado de percibir por el armador...

Los Tribunales españoles en este punto tienen en cuenta, en sentido general, para establecer la cuantía:

1) Los recorridos que habitualmente realiza el buque perjudicado.

2) Los fletes que hubiere podido percibir en tales desplazamientos.

3) El lapso de tiempo en que estuvo paralizado.

4) Los gastos y deducciones inherentes a la navegación, carga, descarga y estadías.

Así, la citada sentencia de la Audiencia de Valencia de 1 de Junio de 1.962, establece su fallo:

Considerando que por los razonamientos precedentes se está en el caso de estimar la demanda promovida y en cuanto al mon tante de la reclamación esta Sala estima ajustada a ponderados límites la cantidad que arroja el importe de los daños sufridos conforme a dictamen pericial emitido por el Ingeniero Naval Inspector de buques obrante al folio 271, por la suma de 89.794,93 pesetas, y por lo que respecta al lucro cesante, se ha de prescindir de la valoración efectuada por la parte demandante que apoya en la frustración de determinado contrato por lo que perdió los fletes, correspondientes al periodo de paralización, ya que hubiera realizado frecuentes viajes al Sur de Francia para el transporte frutero con ocasión de la campaña naranjera, pues la base documental y prueba complementaria no ofrece, a juicio de este Tribunal, el valor suasorio necesario para admitir su resultado a tenor de una sana crítica por lo que teniendo en cuenta los recorridos a que habitualmente se ha asignado el motovelero abordado, los fletes que hubiera podido percibir por estos desplazamientos, el lapso de tiempo en que estuvo paralizado, los gastos y deducciones inherentes a la navegación, carga, descarga y estadism se aprecia como ajustada a las circunstancias concurrentes la cantidad de 2.500 pesetas diarias a título de indemnización del menoscabo económico sufrido, conforme a un criterio de prudencia medida, y apreciados noventa días de paralización, resulta una cantidad de 225.000 pesetas, la que debe satisfacer para reparar ese detrimento.

Considerando que por lo expuesto, es procedente revocar la sentencia recurrida, dando lugar a la demanda en los términos anteriormente expresados, sin la imposición de las costas causadas a ninguna de los litigantes.

Muy abundantes, en esta materia, son los laudos arbitrales. La profusión de arbitrajes de derecho privado en materia de abordajes se basa en la mayor agilidad de trámites y sobre todo en el principio de comunidad de pérdidas en los casos de abordaje dudoso, al demostrar la experiencia que la resolución del laudo suele determinar lo que pudieramos denominar "porcentajes de culpa" en casi todos los casos, lo que supone siempre para los armadores una

seguridad parcial y para los aseguradores una regularidad económico-contable, dentro del ámbito de su actividad. Todo ello -rapidez, economía procedimental y comunidad de pérdidas en porcentajes equitativos- unido al sentido pericial y técnico de estas resoluciones, teniendo en cuenta la naturaleza de la materia, puede hacer pensar al naviero o al asegurador en la conveniencia de acudir al especialista o a organismos o institutos acreditados para la resolución de los aspectos de responsabilidad por abordaje.

Por todo lo expuesto traemos aquí algunos apartados de un documentado y cuidado laudo dictado por el Comisariado Español Marítimo, en arbitraje de equidad, el 21 de noviembre de 1.963, sobre determinación y fijación de responsabilidades por abordaje. Buques: "Lolita Artaza" y "Almazan"; publicado en la Revista española de Derecho Marítimo, págs. 411 y sigs.

Noveno, Resultando que a la vista de lo expuesto y de los antecedentes examinados, los árbitros, por mayoría, declaran los siguientes hechos aprobados:

Que el día 7 de octubre de 1.962 el buque "Almazán", que había salido de El Musel el día anterior con destino a Barcelona entró en colisión con el buque "Lolita Artaza", que, procedente del puerto de Adra, se dirigía al de Gijón, produciéndose el abordaje, aproximadamente, a siete u ocho millas de Cabo Finisterre, a las 17,21 horas del citado día. Que a las 16,30 h. se había cerrado en niebla para el "Almazán", el cual moderó su máquina, aunque no lo suficiente, quedando con excesiva velocidad, dando las señales fónicas reglamentarias, poniendo un servicio a proa. Que no oyó ninguna señal fónica ni vió ningún buque en parte por no observar la debida vigilancia, hasta las 17,20 h. que oyó una sola pitada por la proa, dando inmediatamente máquina atrás toda, produciéndose la colisión un minuto después, a las 17,21 h., sin haber podido parar el buque, pero iniciando éste la caída de la proa a estribor por el efecto de la hélice. Que a las 14,20 h. se le cerró en niebla al "Lolita Artaza", cuyo Capitán ordenó "media máquina" y emitió las señales fónicas reglamentarias. Que a las 17,05 h. oyeron una pitada en

las proximidades de la proa, poniendo inmediatamente "poca máquina". Que a las 17'15 h., al oír las señales de otro buque más próximas, pararon máquina y dieron la señal del buque parado (dos pitadas largas). Que tenía media milla de visibilidad. Que pronto avistaron al "Almazán" recorriera cuatro cables a la velocidad de 5,5 nudos. Que durante estos tres minutos el "Lolita Artaza" continuó con la máquina parada, pero seguía con arrancada avante, aunque dando las señales fónicas de buque parado. Que a las 17,20 h., distantes los dos buques unos 200 metros, dió "máquina atrás toda", simultáneamente con el "Almazán", logrando parar la arrancada y cayendo la proa a estribor por efecto de la hélice. Que se produjo la colisión a las 17,21 h., entrando en contacto ambos buques, el branque del "Almazán" con la amura de estribor del "Lolita Artaza", a la altura del peak de proa.- Hechos que los arbitros declaran probados...

...Undécimo. Resultando que los daños, gastos y perjuicios sufridos por las partes se resumen del modo siguiente:

BUQUE "LOLITA ARTAZA".

A) Daños.

- 1.- Reparaciones provisionales...
- 2.- Reparaciones definitivas...

B) Gastos.

- 1.- Cuenta escala arribada buque a Vigo...
- 2.- Nota de Comisariado Español Marítimo.  
Honorarios por inspección de averías e informe en Vigo...
- 3.- Nota de Comisariado Española Marítimo  
Honorarios por inspección de averías e informe en Pasajes...

C) Perjuicios.

- 1.- Quebrantos por demoras durante siete días por desviación y estancia en Vigo para reparaciones provisionales, a razón de 12.714,48 pesetas diarias ...
- 2.- Quebrantos por demoras durante cuarenta y siete días que duraron las reparaciones definitivas, en Pasajes, desde el 22 de octubre al 8 de diciembre de 1.962, a razón de 12.714,48 pesetas diarias...  
Total de daños y perjuicios...

BUQUE "ALMAZAN".

A) Daños



- 1.-Reparaciones provisionales...
- 2.- Reparaciones definitivas, descontando chatarra recuperada...
- 3.- Factura "Unión Naval". Dique...

B) Gastos.

- 1.- Cuenta escala arribada buque a Vigo...
- 2.- Consumo desviación buque a Vigo...
- 3.- Gastos de personal por desviación buque a Vigo...
- 4.- Factura fotografías averías buque, en Vigo...
- 5.- Nota de gastos varios...
- 6.- Notas de Comisariado Español Marítimo.

Honorarios por inspección de averías e informes...

C) Perjuicios.

Quebrantos por demoras durante siete días por desviación y estancia en Vigo para reparaciones provisionales, a razón de 30.000 pesetas diarias...

Total de daños y perjuicios...

...Segundo. Considerando que valorando en conjunto las circunstancias expuestas en el Considerando anterior, se estima que la primera y fundamental causa de abordaje fue la excesiva velocidad del "Almazán" y su falta de atención y vigilancia, si bien, especialmente en el último momento, el "Lolita Artaza" debió dar avante apartándose de la derrota de aquél, en lugar de quedar parado.

Tercero. Considerando que por lo expuesto se estima que el principal responsable del abordaje fué el "Almazán", apreciándose, sin embargo, también una pequeña parte de responsabilidad en el "Lolita Artaza", estimándose que la proporción procedente en el reparto de la responsabilidad es la de un 80 por 100 en contra del "Almazán" y la de un 20 por cien en contra del "Lolita Artaza".

Cuarto. Considerando que en cuanto a daños, gastos y perjuicios sufridos por parte del "Lolita Artaza" son evidentes y procedentes todos los alegados, a excepción de la partida de gastos derivados de la arribada del buque a La Coruña, por importe de 3.574,80 pesetas, que debe rechazarse por no haberse justificado la razón de dicha arribada.

Quinto. Considerando que por lo que se refiere a daños, gastos y perjuicios sufridos por parte el "Almazán" son igualmente evidentes y procedentes todos los alegados, con la salvedad, en cuan-

to a los daños, de que si bien las reparaciones definitivas importaron 438.244,25 pesetas, debe tenerse presente que se produjo una recuperación de chatarra por elementos renovados, por valor de 7.112,50 pesetas, que han de deducirse de aquella cantidad, quedando, por tanto, reducida a 431.131,75 pesetas.

Vistas todas las consideraciones precedentes, los árbitros por acuerdo de la mayoría.

Fallamos que debemos declarar y declaramos, según nuestro leal saber y entender:

Primero. Que determinando y discriminando la responsabilidad de que se trata, la misma recae sobre el buque "Almazán" y sobre el buque "Lolita Artaza", que si bien de un modo más principal sobre el primero de los dos buques citados, en una proporción de un 80 por 100 en contra del "Almazán" y en un 20 por 100 en contra del "Lolita Artaza"...

En la materia que aquí nos interesa, el laudo establece un 80% de responsabilidad en el abordaje para el "Almazán" y el restante 20% para el "Lolita Artaza", a devengar del total de daños y perjuicios apreciados. En estos observamos como se verifica un apartado de cantidades para tres conceptos: Daños, gastos y Perjuicios. En el primero se establecen las cantidades empleadas en la reparación provisional y definitiva de cada buque y gastos de dique. El segundo apartado se reserva a los gastos de arribada, inspección de averías, gastos de desviación y estancia. Por último el apartado de perjuicios se utiliza para determinar los derivados de demoras y estadías, inmovilización del buque y lucro cesante en general.

Para la fijación de estos últimos, aunque en parte no hemos recogido la referencia del razonamiento los árbitros se acogen a las pruebas fehacientes presentadas por cada buque para establecer el perjuicio por día de estancia forzosa; para ello se presenta la documentación de los viajes regulares de cada uno y la prueba de sus rendimientos netos, a prorratear entre los días y horas

invertidos, deduciéndose del flete líquido (flete bruto menos descuentos y comisión de fletamento) los gastos de escala del buque en los puertos de carga y descarga y los consumos de fuel-oil en puerto y navegación.

En el caso de pesqueros, se admite la prueba de las capturas verificadas en las jornadas precedentes, conforme a la documentación probatoria de la lonja a la que habitualmente vayan destinadas las mismas, teniéndose asimismo en cuenta los salarios de la tripulación y otros datos necesarios, como la época del acacimimiento en relación a la campaña de pesca que en la misma desarrolle el buque perjudicado. Sensus contrario, habrá que considerar a efectos de deducción, que, durante la inmovilización, el pesquero no ha tenido que soportar gasto alguno (salvo los de salarios, y portuarios) ni pérdida por uso de aparejos y artes de pesca; también podrá tenerse en cuenta la posible reducción de primas de seguro y las tarifas de alquiler de los aparatos electrónicos si los tuviere.

En estos casos de abordaje entre pesqueros, el cálculo de beneficio neto, v.gr., en la jurisprudencia francesa (30), se sujeta al índice del obtenido en "un año" de pesca. Creemos que dicho criterio puede sostenerse en lo que respecta a averías de larga duración, que abarquen temporadas muy amplias o campañas íntegras.

d') Otros problemas que pueden plantearse en el ámbito de las reparaciones e indemnizaciones: el reemplazamiento de

-----

(30) Vide. Sentencia de la Corte de Apelación de Rennes, de 5 de Noviembre de 1.963, en Dorit Maritime Francais, núm. 193, págs. 20 y siguientes.

buque; el caso especial del time-charter; lugar de valoración y moneda en que deben abonarse las cantidades determinadas en la sentencia. -

En todos estos puntos no existen diferencias notables entre las legislaciones continentales; todos los problemas han sido ya tratados en su mayor parte. Puntualicemos ahora en resumen los diversos aspectos dentro de nuestro derecho.

El problema del reemplazamiento del buque para desarrollar la empresa de navegación en lugar del accidentado, en tanto pueda este ser utilizado, suele considerarse como facultad otorgable al naviero perjudicado, si bien este no podrá en ningún caso vincular al titular del buque abordador a que le proporcione dicha nave de reserva. Tengase en cuenta que la calificación jurídica del abordaje y de la culpabilidad en el mismo está normalmente pendiente. Lo único factible será que en su momento se reconozca como gasto indemnizable el que realice un naviero en buque de reemplazo. Lógicamente, si el buque fletado en sustitución realiza todos los servicios del dañado, el perjuicio de inmovilización estará normalmente representado, precisamente, por el precio del arrendamiento del mismo.

-En el supuesto de que el buque abordado se encuentra fletado en time-charter, con la estipulación -lógica y general en casi todos los casos- de que no se abonaría flete al naviero durante una inmovilización eventual, el naviero del buque culpable deberá indemnizar al abordado la pérdida del flete que se deduzca de la inmovilización.

-Por lo que respecta al lugar de valoración, es de aplicar el sistema que describíamos en su momento en relación con el derecho comparado. Por consiguiente será el puerto de matrícula del buque no culpable. Es lo más lógico, entendiendo que el resultado de daños y perjuicios afectará al perjudicado conforme a la evaluación del lugar donde ejercite su actividad. Aquí surge la duda en caso de falta de coincidencia entre el domicilio de la empresa y el lugar de matriculación del buque. Cabría deducir como lógico, en ese caso, que los daños serían reparados (o la pérdida del buque en su caso) conforme a tasación de la nación del puerto de matrícula; y los perjuicios se determinarían por el lugar de actividad o empresa. Creemos que puesto que los justificantes serán los del lugar de reparación y, en caso de pérdida, la prueba prima ria será el precio de construcción menos la obsolescencia y depreciación, dado que toda la documentación debe aportarla el perjudicado, a éste corresponderá probar los perjuicios que por razones de valoración en uno u otro lugar se le hayan irrogado.

-Directamente relacionado con el precedente problema, se encuentra el de la moneda en que procedería verificar el pago de las cantidades deducidas. Los tribunales evaluarán en moneda nacional, aunque el buque sea extranjero, siendo facultativo de los jueces -según señala Fariña- otorgar a la víctima, a título de compensación, una remuneración especial por el daño sufrido si el retardo en las reparaciones produce alteraciones en la cotización de la moneda.

XI

Abordaje y seguro marítimo, en derecho español. -

- a) Antecedentes Históricos.
- b) Análisis del articulado del C. de C.
- c) El abordaje en las pólizas de seguro marítimo. -
  - a') Introducción.
  - b') Las pólizas-tipo de la Institute time clauses.
  - c') Las cláusulas usuales de abordaje en las pólizas-tipo inglesas. -
    - 1) La cláusula de colisión británica o "-running down clause"
    - 2) La "sister ship clause" y otras cláusulas no específicas del abordaje.
- d') Las pólizas españolas de 1934 y las reformadas vigentes y usuales.

Abordaje y seguro marítimo en Derecho español. -

a) Antecedentes Históricos. -

El hecho de que todavía en gran escala no pueda esbozarse ni mucho menos un requiem por la dependencia española del exterior en el ámbito del seguro marítimo, más agudizada si cabe que en tantos otros sectores de la actividad comercial vinculada a la marina mercante, no quita para que podamos decir -siempre en los temas de la mar España mira al pasado- que el seguro marítimo tuvo por vez primera forma legal en nuestro país.

En este sentido, cabe citar:

- Las Ordenanzas sobre seguros marítimos de los Magistrados de Barcelona, de 1435 y 1436.

- Las Ordenanzas Catalanas de 1456 y 1484.

- Ordenanzas de seguros marítimos de la ciudad de Burgos, en 1537:

- Ordenanzas para seguros marítimos del Prior y Consules de la Universidad de Mercaderes de Sevilla, para la navegación a las Indias Occidentales, en 1555.

- Las de la Universidad y Consulado de Bilbao, de 1737, extendidas a toda España y colonias.

- Y, como no, el Consolat de mar.

Y la vista atrás, hasta el C. de C. de 1.829, nos muestra como antes de que un conjunto de comerciantes y gentes de mar comenzarán a organizar la institución de seguros más importante de la historia de la humanidad, a mediados del siglo XVII, en la cafetería de Edward Lloyd, emplazada en Tower Street, dos siglos atrás, el seguro marítimo se encontraba de manera relativamente analítica regulado en España.

La internacionalización, necesaria característica del Derecho Marítimo, exige interdependencia, pero no dependencia. De nuevo aquí tenemos que volver a insistir sobre la necesaria evolución jurídica, único camino de favorecer la económica, comercial e industrial. Las reuniones en asamblea de nuestros navieros y aseguradores han sido, hasta hace poco, verdaderas mesas de plañideras; sus intereses están ahora vinculados a que se les de el camino bien a través del proteccionismo, bien a través de la liberalización; pero bajo esta problemática económico-patrimonial, grave, aún sin entrar en el sufrido sector pesquero, se encuentra la necesidad de una inmediata renovación jurídica, para que, al menos en las normas legales, no tengamos que colocar también el pabellón británico.

b) Análisis del articulado del C. de C.-

El art. 755 del C. de C., dice:

"Los aseguradores indemnizarán los daños y perjuicios que los objetos asegurados experimenten, por alguna de las causas



siguientes: ....

#### 4ª Abordaje fortuito.

La enumeración de los riesgos típicos de la navegación marítima, que, en número de 13, cita el art. 755, se cierra con una alusión genérica que la convierte en meramente enunciativa, al decir en su nº 14:

"Cualesquiera otros accidentes o riesgos de mar".

Sobre la expresión "riesgos de mar", la mayor parte de los tratadistas, como Lyon-Caen y Rénault, Ripert, Danjon y Vivante, ponen de manifiesto que se refiere a que sea en el espacio marítimo donde tenga lugar el acaecimiento. Brunetti dice, sin embargo, que la frase -que es utilizada no sólo por nuestro C. de C., sino también por multitud de modelos de póliza- debe entenderse referida a los riesgos análogos por su naturaleza a los que se encuentran especialmente indicados en la póliza.

En relación a esta enumeración del art. 755, Uría dice que el Código coloca a la cabeza de la enumeración aquellos siniestros que, por ser principalmente debidos a la acción de la naturaleza, ostentan carácter marítimo más marcado, en los que en definitiva la mar es la causa productora del siniestro (31). A continuación, el Código toma los riesgos debidos a acción humana (abordaje, cambio de derrota, echazón...) y por último los riesgos extraordinarios (saqueo, de guerra, etc.)

---

(31) R. Uría, "El seguro marítimo". Barcelona, 1.940.

Ahora bien, en relación al abordaje y a la vista del 755, cabe preguntarse:

1º) Al referirse a la necesaria condición de "fortuito" el nº 4 del artículo, ¿excluye los demás supuestos?.

2º) ¿Puede entrar el abordaje en la abstracción del nº 14 del art., cuando se refiere a "cualesquiera otros accidentes o riesgos de mar? ..

Estas son las primeras simples cuestiones que cabe plantearse. Veamos su solución:

1ª) En cuanto a especificar -causa 4ª- la condición de fortuito del abordaje, surge la duda sobre si el Código está pensando en la exclusión del culpable y, por supuesto, del fraudulento, dado que en otro lugar (art. 830) está aludido el abordaje por causa fortuita diferenciado en efectos claramente del culpable. Pero realmente la aparente exclusión, naturalmente, es "prima facie", no porque no esté clara, sino porque nos encontramos ante un contrato formal, en el que las partes en la póliza deberán proponer claramente los riesgos cubiertos y en este caso, el del abordaje, por ser uno de los más comunes, y muchas veces el más costoso, se cuidan de interpretarlo con cierta meticulosidad en las cláusulas, ampliando el radio de acción tradicionalmente al culposo. Entendemos en todo caso que el Código aquí ha querido referirse al abordajaje no intencionado, no doloso ni fraudulento. No se piensa en el art. 830 y lo fortuito hay que tomarlo en sentido amplio. De cualquier forma hay manifiesta impropiedad, que habrá de paliarse con

la interpretación de la póliza (32). De otro lado, el Código, en relación a la baratería del patrón en la causa 5ª del art. 756, al enumerar los riesgos excluidos legalmente, dice:

"No responderán los aseguradores de los daños y perjuicios que sobrevengan a las cosas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes, aunque no se hayan excluido de la póliza".

-----

(32) El precepto no es apenas comentado por la doctrina en este punto. El maestro Garrigues puntualiza simplemente "que debe ser fortuito"; Gamechogoicoechea y Vigier no lo analizan a fondo. Fariña y Uría no hacen tampoco un estudio analítico. Ello se debe a la especial naturaleza formal del contrato. El C. de C. no cierra el cauce a la cobertura del riesgo por abordaje culpable. Lo que ha querido decir es que el fortuito se encuentra asegurado en todo caso. Aún así nosotros pensamos que esta fortuidad no hay que entenderla con toda rigidez. En relación a este punto la S.T.S. de 24 de abril de 1.924 dice:

"Cubriéndose en la póliza para el caso de abordaje el que mereciese la calificación de fortuito, no tiene dicho acaecimiento la consideración y efectos que previene el art. 1105 del Código Civil, ni le es aplicable ninguna de las reglas de derecho que condicionan el caso no previsto e inevitable en las demás convenciones, porque en esta clase de accidentes de mar, la presunción es que obedecen a fuerzas de la naturaleza inevitables o que se realizan de un modo fatal quedando, en caso de contienda, sometida la calificación de abordaje a las justificaciones que se aporten al juicio y a la decisión del Tribunal competente".

De este párrafo se deduce el criterio amplio que -aún en relación con una póliza- se mantiene en torno a la fortuidad. Observemos además como al calificar la varada y el naufragio, el art. 755 no habla de su condición o no de fortuidad. Por ello entendemos:

-) El término fortuito no puede admitirse con la rigidez del art. 1105 del Código Civil o del art. 830 del C. de C.

-) Si el C. de C. califica así el abordaje esta pensando que es el "necesariamente asegurable" y en una mayor cobertura en la póliza.

-) Hay que pensar que en la colisión hay dos buques y por consiguiente dos aseguradores. El juego de responsabilidades por la vía de los arts. 826 y sigs. del C. de C. en las que se van a subrogar dichos aseguradores, relevando normalmente a sus respectivos navieros en sus derechos y obligaciones, provoca que el C. de C. en principio no vincule al asegurador "de derecho" al pago de responsabilidades por abordaje culpable. Habría que preguntarse ante todo ¿de qué culpable o responsable, de su asegurado o del asegurado del buque con el que se produjo el abordaje? En verdad que nos hubiera parecido más correcto que el C. de C. dijera sólo "abordaje" en este 755 nº 4º; pero puesto a verificar una calificación necesariamente ha tenido que emplear el término "fortuito" que, aún impreciso, deja a las partes abocadas a la vía de la póliza, decisiva en definitiva.

-----

... 5ª: "Baratería del patrón, a no ser que fuera objeto del seguro"

Como dice Garrigues, "la excepción de baratería se ha convertido hoy en cláusula de estilo en las pólizas de seguro marítimo. El Código ya preveía las consecuencias de la afirmación, al establecer la excepción de que la exclusión se daría "a no ser que fuera objeto del seguro". De hecho, la mayoría de los accidentes en la navegación provienen de culpa o negligencia, aunque sea leve del Capitán o patrón. La exclusión de estas faltas de diligencia, dejaría sin la cobertura necesaria multitud de riesgos. Ello partiendo de un concepto amplio de baratería.

2º) El abordaje entendemos que no debe ser causa de daños de las enunciadas en abstracto por el nº 14 del art. 755. Este nº 14 ha de referirse a "otros accidentes o riesgos" precisamente de los no enunciados en los trece números precedentes.

En consecuencia la postura primaria del C. de C. es un tanto restrictiva, en base a la imprecisa catalogación de los límites del abordaje "fortuito" como necesariamente indemnizable y al exigir la inclusión de la baratería del patrón específicamente como objeto del seguro. (33)

-----

(33) Fijémonos que el C. de C., se refiere a la baratería como objeto del seguro. Creemos que impropriamente, pues, al menos en una terminología actualizada, la baratería en este sentido sería causa, no objeto del seguro. Los riesgos son siempre elemento causal del contrato, mientras que "el interés asegurable" es lo que constituye el objeto del mismo. En la muy precisa definición de Uria en su estudio del seguro marítimo, ratificada 22 años después en su conferencia "Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro" (REDM, nº 84, Ma-

drid, 1962), se observa claramente. Define el ilustre profesor este contrato como aquel "por el que una persona se obliga, a cambio de una prestación pecuniaria, a indemnizar a otra, dentro de los límites convenidos, los daños sufridos por la realización de un evento incierto". En el concepto quedan claramente delimitadas las fronteras objeto-cause, interés-riesgo.

En el mismo sentido un importante sector doctrinal (Garrigues, Traviesas, Langle, Menendez, etc.).

-----

Otros arts. del Código, proyectables más frecuentemente sobre el supuesto de abordaje (frecuencia relativa, bien es verdad, teniendo en cuenta que en el seguro puede decirse en términos generales que la ley aplicable es la póliza) son el art. 771, que establece la limitación del pago, por daños, por parte del asegurador en los  $2/3$  de los gastos; el art. 772 que analiza la deducción de nuevo a viejo, inexistente en las pólizas británicas; el art. 773 que afirma que la inhabilitación del buque para navegar se entiende cuando el precio de las reparaciones excede de las  $3/4$  partes del valor del buque, supuesto en que procede el abandono; las referencias a la justificación de valores por factura (776, 1º) y en general todo el sistema de franquicias.

En relación a la aludida pérdida total constructiva -de las tres cuartas partes del valor- digamos que el abordaje dará lugar a la acción de abandono por parte del asegurado sólo en el caso en que se produzcan los eventos del art. 789, o sea, si a consecuencia de la colisión se origina naufragio, inhabilitación del buque para navegar o dicha "pérdida" peculiar.

c) El abordaje en las pólizas de seguro marítimo. -

a') Introducción. -

Fariña explica, siguiendo la obra de Arnould, en sus sucesivas ediciones (1848 a 1939), sobre el Seguro marítimo, que el daño por abordaje es, en general, uno de los peligros de mar. Sin embargo es normal encontrarlo precisamente garantizado en las cláusulas en forma expresa. En este punto ha habido tradicionalmente dos formas de garantía:

- En la practica, doctrina y jurisprudencia británicas, el término "collision", se interpreta ampliamente, incluyendo el choque no solo contra objetos navegables, sino también contra otros flotantes.

-) En la doctrina y jurisprudencia continentales, el abordaje en general y a efectos de seguro en particular, tiene un sentido más restringido, limitado al choque entre dos buques navegando o fondeados. (34)

El propio Arnould precisó que el choque, salvo cláusula en contrario debería entenderse contra otra embarcación cualquiera. En la jurisprudencia anglosajona el criterio es más amplio y también son relativamente abiertas en garantía las "Institute time clauses".

De hecho, en las pólizas es frecuente puntualizar y en verdad se hace necesario, las circunstancias de los riesgos por abordaje o colisión que se encuentran garantizados.

b') Las pólizas-tipo de la Institute time clauses. -

Analizaremos los modelos básicos:

-----

(34) Los principios expuestos para la doctrina y practica continentales, evolucionan también en el sentido de ampliación de los márgenes de garantía en la mayoría de los países. Así, por ejemplo, Hans Moller, expone como "El seguro de responsabilidad por abordaje", "recurso de terceros por abordaje", se adiciona al seguro de cascos, que no representa en sí más que un seguro de sustancia material. Los artículos 78 y 79 de las "Condiciones generales alemanas de seguro marítimo", hacen también



responsable al asegurador del casco y del flete, de los perjuicios que el asegurado sufra en virtud del abordaje, en el caso de que tenga que indemnizar a un tercero el daño ocasionado. De otra parte, a menudo se amplía contractualmente el seguro de recursos de terceros por abordaje, a toda colisión del buque con otros objetos fijos o flotantes. (Hans Möller: "Derecho marítimo y seguro marítimo", es la Conferencia de la Unión internacional de seguros marítimos; San Sebastián 1953; recogida en REDMAR, nº 2, págs. 69 y sigs.).

-----

1) "Hulls F.P.A. absolutely" (Seguro de cascos, franco de avería particular en absoluto). En este tipo de póliza queda excluída cualquier reclamación por avería particular, e incluso por averías gruesas referidas al casco.

Cubre la pérdida total; pérdida total constructiva; avería gruesa con exclusión de la referente al casco; salvamento y, en lo que respecta al abordaje, las 3/4 partes de las averías causadas en choque con otros buques, o las 4/4 si lo establece así la póliza.

Como puede apreciarse, se refiere tanto a los daños del buque contrario como a su carga, pero no a los padecidos por el buque propio. De otro lado, la póliza no integra las colisiones con cuerpos fijos.

b) Hulls, excess 3% P.A. - En este tipo, el seguro cubre las averías particulares que excedan del citado porcentaje, con deducción del mismo en todo caso.

c) Hulls all risk (a todo riesgo). - La de más completa cobertura, aunque de menos uso por la magnitud de la prima. En caso de abordaje cubre no solo los daños causados al otro buque, sino también los recibidos, que -de no ser satisfechos por el otro buque serán cubiertos por los aseguradores, sin perjuicio del ulterior derecho de repetición contra el naviero contrario, por subrogarse en los derechos del asegurado.

En ninguna de estas modalidades procederá la deducción de nuevo a viejo.

c') Las cláusulas usuales de abordaje en las pólizas -tipo inglesas. -

1) La cláusula de colisión británica o "running down clause".

Introducida en las "Institute time clauses", en 1836, su contenido, que tomamos de Fariña, tomo IV, pág. 177 es el siguiente:

"Y además, se conviene que, si el buque por este contrato asegurado, entra en colisión con cualquiera otro buque o embarcación, y el asegurado tuviera, como consecuencia de ello, que pagar, y pagara, en concepto de daños a cualquier otra persona o personas cualquier suma o sumas con respecto a dicha colisión, los aseguradores pagarán al asegurado la proporción de las tres cuartas partes de la suma o sumas así pagadas como corresponda a sus respectivas suscripciones en lo que se refieren al valor del barco por el presente contrato asegurado, sin que su responsabilidad con respecto a una de tales colisiones pueda exceder de su parte proporcional de las tres cuartas partes del valor del buque así asegurado, y, en los casos en que haya sido objeto de discusión la responsabilidad del buque o se haya iniciado procedimiento para limitar la responsabilidad, con el consentimiento por escrito de los aseguradores, pagarán también igual proporción de las tres cuartas partes de las costas en que el asegurado haya incurrido por ello o se le obligue a pagar; pero cuando se considere culpables a ambos buques, entonces, a menos que la responsabilidad de los armadores de uno de los dos de dichos buques sea limitada por la ley, las reclamaciones que se acojan a esta cláusula serán liquidadas por el principio de responsabilidades recíprocas, como si los armadores de cada buque hubieran sido obligados a pagar a los armadores de otro de dichos buques una mitad o cualquier otra proporción de los daños del último que haya podido ser concedida adecuadamente al determinar el saldo o suma pagadera por, o al asegurado, como consecuencia de aquella colisión.

Se conviene que esta cláusula no se extienda en ningún caso a cualquier suma que el asegurado se haga responsable de pagar o deba pagar por retirar obstáculos por disposición de la autoridad por daños a puertos, embarcaderos, muelles, estacadas y estructuras similares, como consecuencia de tal colisión; o con respecto al cargamento o compromisos del barco asegurado, o por pérdida de vida o daños personales".

En consecuencia, cabe comentar:

-) La cláusula cubre las 3/4 partes del riesgo de abordaje, o la totalidad si se estipula expresamente, aunque la cuarta parte restante suele correr a cargo de Clubs de protección e indemnización que tienen forma jurídica de asociaciones mutuas.

-) Desde el Convenio de Bruselas de 1.910 se adopta el criterio a seguir en caso de culpa común que ya se deduce de la redacción expuesta, en el sentido de adoptar el régimen del Convenio, de reparto proporcional a la culpa de cada buque de los daños ocasionados por un abordaje.

-) La liquidación, en caso de culpa común, del principio de responsabilidades recíprocas, aunque parte de la ficción de doble pago de avería de uno a otro armador, se realiza simplemente con una sola "solutio", la del naviero que ha sufrido el daño menor, al compensar la mitad de la diferencia entre el perjuicio sufrido por el otro buque y su propio perjuicio.

2) La sister ship clause y otras cláusulas no específicas del abordaje. -

La cláusula buque-hermano, cubre el abordaje que puede producirse entre buques del mismo propietario. Se planteaba el

problema de que en esta hipótesis la subrogación era inoperante, cuando el asegurado no podía actuar en su doble condición de propietario o naviero de los dos buques abordador y abordado. A través de la cláusula de buque-hermano, se convino que en tales casos, a efectos de liquidación, esta se realizaría como si ambos buques pertenecieran o dependieran de navieros distintos.

Otras cláusulas no dirigidas específicamente al supuesto de abordaje pero que pueden estar relacionadas con el mismo, son la "Inchmare clause", que toma el nombre de este buque y que cubre los daños o averías debidos a cualquier negligencia del Capitán o de la tripulación o vicio oculto propio de la cosa, mediando debida diligencia o sea en el supuesto de defecto latente no descubrible; y la "sue and labour", de "gestión y trabajo", por la que el asegurado se compromete a adoptar todas las medidas razonables para evitar o reducir las consecuencias de los riesgos, quedando obligado el asegurador al abono de los gastos realizados en tal sentido con finalidad de conservación, recuperación o salvamento. En estos últimos casos es también de aplicación la usualmente insertada asimismo "Waiver clause", propuesta para determinar que cualesquiera actos realizados por el asegurado, para la conservación o salvamento de la cosa, no implican renuncia a su derecho de abandono.

d') Las pólizas españolas de 1934 y las reformas vigentes. -

En casi todos los países existen pólizas tipo, según las formas de seguro, que van evolucionando con el tiempo en nuevas modalidades, sin que desgraciadamente se haya conseguido una homogeneización de las mismas. La situación internacional y las condiciones actuales de la navegación y comercio marítimos hacen

que se adopten las de la Institute time Clauses antes estudiadas, de las que las de muchos países son ultimamente auténticas adaptaciones.

En España se ha carecido tradicionalmente de estas pólizas tipo y las existentes, como señalan nuestros tratadistas(35) no satisfacen debidamente los intereses de los asegurados por ser menos generosas, razón por la cual estos mostraban su preferencia por las inglesas, que las compañías nacionales se vieron obligadas a admitir.

Las diferencias se presentan fundamentalmente en dos extremos; deducción de nuevo a viejo (no usual en las inglesas) y las elevadas franquicias hispanas.

Una póliza tradicional, de este tipo es la citada por Fariña (36). En ella se establecen como Riesgos garantizados, los siguientes:

Artículo 1º.- La Compañía toma a su cargo, con arreglo a las disposiciones generales del vigente Código de Comercio, en cuanto no estén derogadas, sustituidas o modificadas por las condiciones impresas y manuscritas de esta póliza, las averías, pérdidas y daños que ocurran al buque asegurado, por varada y empeño, con rotura o sin ella; temporal, naufragio, abordaje fortuito, cambio forzoso de ruta o de viaje, echazón, fuego y, en general, por todos los accidentes o riesgos de mar, salvo las excepciones que se estipulan en la presente póliza.

---

(35) Vide, v.gr. Vigier, (Derecho Marítimo, págs. 772 y sigs.); Fariña, Tomo IV, págs. 41 y sigs.; Flavio Enciso ("Vulgarización del Seguro Marítimo, Institute Time Clauses", págs. 13 y sigs. y Gamechogoicoechea, tomo IV, págs. 180 y sigs.).

(36) Tomo IV, pág. 450.

Cuando el buque asegurado sea declarado culpable de daños ocasionados a otro buque, La Compañía responde de la mitad de la indemnización exigible al primero, no pudiendo en ningún caso exceder de la mitad de la cantidad asegurada por esta póliza la indemnización de la Compañía.

En relación al abordaje, que es lo que analizamos únicamente, se insiste en anotar únicamente el "fortuito", influencia clara del C. de C. y, con las justificaciones que ya hemos estudiado.

Sin embargo se incluyen más ampliamente los riesgos en el art. 6º, al especificar dentro de la cobertura las averías o daños por naufragio, varamiento, choque o incendio.

Dice el art. 6º:

"No responde tampoco de las averías o daños que sufran los fondos del buque más que cuando procedan de naufragios, varamiento, choque o incendio. En la navegación por ríos, rías y canales, así como cuando el buque se halle amarrado en puertos, bahías, ensenadas y fondeaderos, al tocar el buque en su fondo no se conceptuará como varamiento".

Y la limitación de la cobertura viene taxativamente determinada en el art. 9, en las 2/3 partes del valor convenido del buque, entendiéndose que dicho convenio se ha realizado conforme al art. 8 de la Póliza.

Art. 8º.- La valoración de los buques, así de vela como de vapor, la harán de acuerdo asegurado y asegurador en el acto de contratar el seguro; pero el asegurado viene obligado, bajo pena de nulidad de esta póliza, a no consentir otra estimación del buque distinta de la fijada en la misma para los efectos de otras pólizas que pudiera legalmente contratar durante el término del seguro o viaje asegurado.

Art. 9º.- Sólo podrán ser objeto de seguro las dos terceras partes del valor convenido, pues es condición acordada que el armador debe correr siempre por su cuenta el riesgo del tercio restante.

Si directa o indirectamente se ha asegurado mayor cantidad, el asegurador quedará libre de toda responsabilidad en caso de siniestro.

Y siempre con la especialidad española de la deducción de nuevo a viejo, que estudia el art. 22 de esta póliza.

Art. 22.- Todas las partidas del presupuesto de reparaciones, aceptado que sea por ambas partes, se rebajarán por acuerdo expreso y por diferencia de nuevo a viejo, en la proporción siguiente:

Tratándose de buques de vapor no habrá deducción alguna dentro del primer año de construcción; del segundo al quinto año se rebajará el 20 por 100, y después del quinto año de construcción el 22 por 100:

En buques de vela la deducción será el 20 por 100, dentro del primer año; el 25 por 100 del segundo al quinto año, y el 33 por 100 del sexto año inclusive en adelante.

Excepción a la anterior rebaja, establecida con carácter de generalidad para todas las partidas, serán las anclas y cadenas, que estarán sujetas en todo tiempo a la reducción uniforme de 20 por 100 en ambas clases de buques, y el forro y recorrido, que tendrá las siguientes reducciones en el presupuesto por dicho concepto, de nuevo a viejo:

Dentro del primer año, a partir del último forro y recorrido, 40%  
Dentro del segundo año, a partir del último forro y recorrido, 50%  
Dentro del tercer año, a partir del último forro y recorrido, 62%  
Dentro del cuarto año a partir del último forro y recorrido, 75%

Cuando el forro y el recorrido daten en el buque de más de cuatro años, su presupuesto especial no entrará en el general de reparaciones; en tal caso el importe integro de su evaluación será a cargo del armador exclusivamente.

Si el forro y recorrido no dataren de la misma época, la rebaja se hará separadamente para uno y otro en la proporción fijada.



La expuesta es un modelo entre varios de los que existen en España. La adopción de una póliza tipo se hace sentir, siguiendo la pauta de Francia, Italia, Bélgica, Países Escandinavos, etc.; además de Inglaterra. En este sentido se pronunció el Sindicato Nacional del Seguro (Grupo de Transportes) en 1965, proyectando una Póliza Nacional de Cascos que sustituiría a la vigente española de 1934.

A la misma dedica un artículo Monfort Belenguer (37). Dicha póliza recoge una estructura adecuada, en el sentido de que agrupa las materias concretas analizándolas por separado, sin que se estudien, como en pólizas precedentes, de forma entremezclada, cuestiones dispares como pueden ser los riesgos cubiertos, la fijación de las responsabilidades de los aseguradores en caso de siniestro y hasta la forma de liquidación.

Junto a estas innovaciones existen otras de fondo, introduciendo el espíritu del sistema inglés de la cobertura de los riesgos, dentro del tipo "a todo riesgo" en sus rasgos generales.

Tras la enumeración de riesgos cubiertos, en sentido tradicional, se recoge la clásica abstracción "y en general, por todos los riesgos y accidentes de mar". Monfort comenta que su tenor debe ser "y en general por los demás riesgos de la navegación o fortuna de mar". Efectivamente es más preciso. Se incluye también en la enumeración de riesgos la baratería, entendida, como en el sistema inglés, como "todo acto ilícito ejecutado con intención de perjudicar al propietario o al fletador, según el caso".

-----  
(37) Monfort Belenguer: "Comentarios sobre un proyecto de Póliza Nacional de Cascos", en REDMAR, II Jornadas Nacionales, Fascículo 5, 1966/67.

En relación al abordaje la cobertura se establece en la proporción de tres cuartas partes, que pueden ampliarse a la totalidad. Se cubren asimismo los daños producidos por choque a todo objeto fijo, móvil o flotante, así como los de contribución a la avería gruesa.

La póliza define los riesgos delimitándolos estrictamente, función más propia de una ley que de una póliza, pero en España carecemos de "Marine Insurance Act" y todos sabemos de la imposibilidad de encontrar una auténtica definición a lo largo de nuestro Código de Comercio.

En este punto y sobre los tipos de pérdida" en la póliza dice Monfort:

"En todo caso, no se negará la importancia de que en esta contratación se definan los riesgos, configurándolos, perfilándolos, dándoles forma de modo que ambas partes sepan ciertamente en qué consiste exactamente cada uno de ellos. Ya dije antes que son precisamente estas definiciones las que se echan de menos en esta contratación, no habiendo ahora otra alternativa, a la vista de los clausu lados en uso, que la de entresacar tales concepciones del amasijo entreverado de nuestras pólizas actuales. Con estas definiciones, como ya hicieron hace tiempo los ingleses, se daría aquí también un gran paso en la contribución a la claridad del contrato, claro es que para las dos partes que lo suscriben.

Dedicada esta primera sección a definir los riesgos, el proyecto se dedica en otro lugar a fijar las responsabilidades de los aseguradores y el modo de liquidarlas, pero todo esto sin los confusionismos vigentes en la actualidad.

Al definir los riesgos de daños, se ha tratado, primero de los tres tipos de pérdida total que existen: pérdida total real, pérdida total presunta y pérdida total constructiva. Deliberadamente se ha querido mantener esta expresión de "pérdida total constructiva". Está tan arraigada, y tan familiarizada esta expresión con los aseguradores marítimos nacionales, y tiene esto aquí tantas raíces, que francamente, no considero aconsejable que se prescindiera de ella.

Ahora bien, lo que sí se ha hecho en el proyecto es que, cada vez que se habla de la "pérdida total constructiva", se añade a continuación "o reputada como real", hablándose así de "pérdida total constructiva o reputada como real". Porque, como es bien sabido, la pérdida total constructiva no es otra cosa que una pérdida total, que aparece, en principio, un tanto borrosa, un tanto confusa, y precisamente por eso se exigen para admitirla determinados requisitos. Porque cuando un buque se sumerge en una sonda de quinientos metros en alta mar, pongamos por caso, francamente se sabe entonces que ese buque se ha perdido por completo y que no hay modo de recuperarlo. Pero hay unas ocasiones en que el buque sufre unos daños, más o menos importantes, o el asegurado se ve privado del buque en tal forma, que lo que cuesta reparar el buque o lo que cuesta recuperarlo supone ya alcanzar el valor asegurado o superarlo; y entonces es cuando se entra de pleno en la "pérdida total constructiva".

Otros muchos puntos completan esta póliza moderna y ágil, adaptada a un seguro marítimo de nuestro tiempo. Lo que se hace preciso es su generalizada adopción. El uso de una póliza nacional de cascos, unido al de la póliza española de Protección e Indemnización, que garantiza las reclamaciones por pérdidas o daños que se causen, tanto a personas como a propiedades o cosas y por los que el naviero venga obligado al pago de responsabilidades, siempre que no exista dolo o grave negligencia de su parte (38), se hace necesario. El Derecho Marítimo de hoy no está en nuestro Cód-

-----

(38) Sobre esta póliza y los riesgos que cubre, Esteva de la Torre dice que este seguro de responsabilidad que tiene carácter complementario alcanza hoy una gran relevancia, debido a la profusión de riesgos que provoca el mayor tamaño de los buques, su mayor velocidad y las mayores indemnizaciones que se conceden por pérdida de vidas o lesiones, etc. (Esteva de la Torre, "El seguro de las responsabilidades y perjuicios del naviero", en REDMAR, Fascículo 5, 1966/67, págs. 25 y sigs. ).

go de Comercio. La nueva documentación (39), las necesidades del tráfico en masa, la proliferación de contratos tipo, la vinculación a Convenios y Tratados Internacionales hace que debamos integrarnos, sin perder, como casi siempre, nuestra autonomía, en los nuevos módulos -y el modelo en materia de seguro marítimo es el seguro inglés- para poder arribar en su día de forma actualizada a las normativas de universalización del Derecho Marítimo, que, en forma de profusión de Convenios o en base a un realismo que alguna vez puede llamar a las puertas del Comité Marítimo Internacional, puede llegar algún día .

-----

(39) Las pólizas usuales en la actualidad en España se acercan a las coberturas ampliadas de riesgos, aunque sin perder su estructura tradicional y su contenido primario restrictivo. De ahí que la inclusión de nuevos riesgos la realicen en forma de Hojas adicionales a la póliza. Tomemos un ejemplo de este tipo de hojas de una póliza de seguro marítimo de casocos, de 1.972, de la Compañía Andalucía y Fenix Agrícola, S.A.:

Hoja adicional a la póliza nº \_\_\_\_ de Transportes Cascos.

Se responde única y exclusivamente, de los riesgos de pérdida por choques con buques y objetos rijos o flotantes, incluso los daños personales ocasionados. También se incluyen las averías particulares que sufra el buque asegurado por choques con otros buques, embarcaciones, objetos fijos o flotantes, incluso hielo (excepto artefactos de guerra), varada, embarrancada, incendio, explosión de calderas o motor o artefactos a bordo, siempre que los últimos no se condujesen para ser utilizados ilegalmente en las faenas de pesca.

También se incluyen sin aplicación de franquicia alguna, los daños sufridos por el buque asegurado a consecuencia de golpes de mar por malos tiempos, debidamente justificados por la protesta del Patrón de la embarcación.

Los pertrechos, aparejos, artefactos de pesca, radio y demás análogos, quedan asegurados sólo y exclusivamente, contra los riesgos de pérdida total subsiguiente a la pérdida total del buque y gastos de salvamento.

#### CLAUSULAS.

1ª.- Se establece una franquicia de TRES MIL QUINIENTAS PESETAS en las averías particulares por choque, varada, embarrancada, incendio y explosión de motor o calderas:

2ª.- En las averías particulares por golpes de mar se establece una franquicia de DIEZ MIL PESETAS:

-----

## XII

El abordaje como procedimiento especial en la Jurisdicción de la Marina; en Derecho español. -

La competencia de la Jurisdicción de Marina.

- I) Consideración general
- II) Proyección sobre el hecho del abordaje;  
justificación de la competencia.
  - a) Razones técnicas.
  - b) Dependencia del tráfico marítimo de las Autoridades de la Armada.
  - c) La evolución histórica
  - d) Existencia de propia dogmática penal.

## XII

### El abordaje, como procedimiento especial de la Jurisdicción de Marina.

La competencia de la Jurisdicción de Marina.

#### I) Consideración general.

Los artículos 808 al 817 del Código de Justicia Militar establecen un procedimiento especial en materia de abordajes, donde se proyectan un conjunto de normas que individualizan la actuación procesal para este tipo de delitos, puesto que delimitan formas específicas de actuación en la competencia penal que la Jurisdicción de Marina ostenta por el tenor del apartado b) del nº 1º del art. 9 del mismo Código. En este último precepto se establece la competencia de la Jurisdicción Militar, por razón del lugar, "en aguas del mar, rios navegables, embarcaciones mercantes nacionales o extranjeras que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima española, de la de sus posesiones o de los países sujetos a su protectorado".

Todo el artículo 9 es suma y refundición de los que con el mismo número figuraban en el anterior Código de Justicia, de 1.890 y en la Ley Organica Judicial de la Armada de 1.894.

En lo que aquí nos interesa, debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 37, en el que se establecen los módulos de atribución de jurisdicción para delitos cometidos en la mar fuera de las aguas jurisdiccionales españolas; mientras que el artículo 12 establece la forma de determinar la competencia de juris-

dicción dentro de la militar.

Art. 37.- Cuando el delito se haya cometido en el mar, fuera de las aguas jurisdiccionales españolas, y no siendo en buque que forme parte o esté al servicio de una Escuadra, será competente para conocer la Autoridad del Departamento a cuyas aguas arribe el buque en que se haya cometido el delito o que lo haya descubierto.

Si el buque de que trata el párrafo anterior arribase al extranjero será competente la Autoridad Jurisdiccional de Marina del puerto español a donde los agentes diplomáticos o consulares de España, del punto de arribada, puedan eviar más fácil y prontamente el reo o reos o los antecedentes del delito. Si el delito se cometiere fuera de las aguas jurisdiccionales españolas, en buque que lleve la orden de incorporarse a escuadra, será competente la Autoridad Jurisdiccional de la Escuadra.

La misma regla establecida en el párrafo anterior se aplicará también a los delitos cometidos durante la navegación en buques mercantes que arriben a puerto extranjero.

Si la arribada se efectuase en puerto nacional, será competente la Autoridad a cuya Jurisdicción pertenezca el puerto.

Análogas normas, en cuanto sean aplicables, regirán para la Jurisdicción Aérea.

Art. 12.- La competencia por razón de lugar, dentro de la Jurisdicción militar, corresponderá a la del Ejército de Tierra, Mar o Aire, según que el determinante de aquella esté afecto al servicio, a las funciones o enclavado en territorio o zona dependiente de unos u otros de los Ejércitos.

II). Proyección sobre el hecho del abordaje, justificación de la competencia.

El fundamento de la analizada competencia que, en general, es la base de la atribución del conocimiento en materia de abordaje en su aspecto penal a la jurisdicción de Marina, se encuentra en un conjunto de razones:



- a). Razones técnicas
- b). Dependencia del tráfico marítimo de las Autoridades de la Armada.
- c). La evolución histórica.
- d). Existencia de propia dogmática penal.

a). Razones técnicas. -

Se puede alegar contra los principios que asignan a una Jurisdicción el conocimiento de unos hechos en base a la especial preparación de sus miembros, a su condición de peritos en una materia concreta, que el Juez ordinario tiene siempre la posibilidad de impetrar el auxilio de informes periciales, para que por extraña que sea la cuestión debatida pueda juzgar.

Es evidente que esto es cierto. No vamos aquí y ahora a formular alegatos contra cierta tendencia en cierto modo justificada hacia la unidad de jurisdicción; pero sí es necesario que meditemos que en algún caso -y este es uno de ellos a nuestro modo de ver- los conocimientos técnicos y prácticos son determinantes de un fallo o sentencia. Entendemos que la instrucción de una causa sobre abordaje puede verificarla con mayor rigor y precisión, con mayor exactitud, un técnico en navegación que un juez ordinario por especial que sea su preparación. La conducta del capitán, patrón o miembros de la dotación no se investiga a efectos de sancionar un deber general de cumplimiento. Son unas normas concretas de navegación las que hay que interpretar. El hecho del abordaje es a la hora de analizar una conducta dolosa o culposa que lo causa, totalmente independiente de las consecuencias jurídicas que provoque, que serán resultado del hecho debatido. Todo se encuentra ligado en derecho pero, en este caso concreto, se cubren aspectos diversos. Así lo

han comprendido la mayor parte de los países que sustentan competencias de tribunales especiales administrativo-marítimos o comercial-marítimos.

Que exista un ulterior proceso en el ámbito específico de las responsabilidades civiles y que en él se parta asimismo del hecho del abordaje no obsta para que el aspecto penal conductista del delito en navegación sea observado a la luz más clara de quienes pueden juzgar con la capacidad de quien también navega.

De una manera integrada podrán así acumularse instrucción, informes periciales y demás elementos de juicio, sin que de otro lado falte en ningún caso la fundamentación jurídica, durante la instrucción y en las vistas y sentencia, de técnicos en derecho.

Es esencial comprender que lo que el procedimiento especial analiza es la conducta del capitán, patrón o miembro de la dotación. No son las relaciones del naviero, aunque el fallo trascienda de ellas, sino lo específicamente náutico; son los actos u omisiones penales sancionables ligados pero independientes de la actividad mercantil.

b) Dependencia del tráfico marítimo de las Autoridades de la Armada.

De una parte en las reglas de competencia del Código de Justicia militar y de otra en la normativa jurídico-administrativa se establece claramente la generalidad de estas atribuciones. En este plano, el artículo 9 de la Ley de Costas de 26 de Abril de 1.969, establece:

Corresponde al Ministerio de Marina:

1º) El ejercicio de la jurisdicción que legalmente le está atribuida en aguas del mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes, nacionales o extranjeras que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima española, sin perjuicio de las atribuciones conferidas al Ministerio de Comercio por las leyes 168/61 de 23 de Diciembre y 93/62 de 24 de Diciembre.

- 2º La vigilancia de costas y pesca.
- 3º Los servicios semafóricos oficiales.
- 4º La intervención de las obras, concesión de la utilización de la zona marítimo-terrestre y puertos en cuanto se relaciona, exclusivamente, con la defensa militar, excepto aquellas zonas incluídas dentro de de instalaciones pertenecientes a otros Ejércitos.
- 5º Ejercer las competencias que, en relación con la extracción de restos, le confiere la Ley 60/62 de 24 de Diciembre sobre salvamentos y auxilios marítimos.
- 6º Ejercer en el mar territorial y zona contigua las atribuciones que le correspondan de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º.

Se observa como en una disposición de carácter general y objetivos administrativos, viene a recogerse la delimitación de competencia jurisdiccional sobre la zona marítima en abstracto. La razón es que la Ley de Costas nació, como dice su exposición de motivos, para "conciliar los intereses públicos antagónicos derivados de la varia y contradictoria legislación", para lo cual se atribuye la competencia a cada uno de los departamentos, según el aspecto predominante más caracterizado, en relación con su esfera de

atribuciones... (1).

En el mismo sentido, el artículo 4º de la Ley de 19 de Febrero de 1.942, que creó la Subsecretaría de la Marina Mercante como organismo rector de la misma reserva al Ministerio de Marina, una serie de competencias en relación con dicho servicio, y entre ellas "el ejercicio de la Jurisdicción de Marina, tanto en lo judicial como en lo gubernativo, en las aguas nacionales, a bordo de los buques mercantes y de pesca y respecto del personal de los mismos".

Sería prolijo e innecesario pasar revista a la larga serie de disposiciones que vienen a determinar distintos aspectos de este punto. Baste recordar como normas establecidas al efecto en los últimos años, el Decreto de 16 de Agosto de 1.969, complementando la Ley de 26 de Abril de dicho año sobre movilización nacional (en lo referente a buques mercantes); el Decreto de 22 de Junio de 1.961, regulador del Servicio Especial de Vigilancia Fiscal, que establece que los buques que en el se integren tendrán el carácter de auxiliares de la Marina de Guerra; la Ley de 24 de diciembre de 1962, y las atribuciones que en ella se establecen sobre competencia en materia de auxilios, salvamentos, hallazgos y extracciones marítimas, para las Autoridades de Marina y para el Tribunal Marítimo Central; el Decreto de 25 de Febrero de 1.965 (en relación con el título III del tratado segundo de las Ordenanzas generales de la Armada de 1793), en materia de competencias de las Autoridades Jurisdiccionales de

-----

(1) Sobre este punto puede verse la monografía de Lorenzo Martínez Escudero, "Playas y costas", en Editorial Montecorvo; páginas 63 y siguientes.

los Departamentos Marítimos (hoy Zonas Marítimas); el Decreto de 23 de Julio de 1.959, que aprueba el vigente Reglamento de Reconocimientos de Buques y embarcaciones mercantes, determinando las obligaciones de las Autoridades de Marina en ese ámbito; la abundante legislación interventora en materia de practica (Reglamento General, aprobado por Decreto de 4 de Julio de 1.958, Decreto de 7 de Febrero de 1.963; Ley de 16 de Diciembre de 1964, etc.).

Voluntariamente hemos restringido esta enumeración a algunas disposiciones recientes. No es discutible, creemos, ningún aspecto sobre las competencias jurisdiccionales y administrativas de las Autoridades de Marina en los ámbitos real, funcional y personal de la navegación y de las zonas marítimas; y la consecuencia es clara: Lo judicial, cuando entra en el ámbito profesional mercante o pesquero, para examinar conductas desde el ángulo penal, se encuentra ligado al medio y a las vinculaciones administrativas del mismo. No se trata de establecer un estatuto personal de las gentes del mar, sino de canalizar por un único conducto sus conductas técnico-profesionales con peculiaridades que dan base para comprender esta parcial especialidad jurisdiccional.

No queremos o, por lo menos, no es nuestra intención, poner la proa a toda costa a quienes claman por la unidad de jurisdicción sin distinciones, salvo algunos casos. Lo que exponemos es que la especialidad existe se quiera o nó y en toda evolución reformadora debe partirse de ella como hecho incontrovertible.

Que los tribunales marítimos que instruyan un abordaje sean o no dependientes de la Jurisdicción de Marina, es otra cuestión. Lo cierto es que tendrán que ser específicamente marítimos y dependerán directamente de los informes periciales de técnicos en

navegación. Quede patente este punto. En apartados sucesivos analizaremos dogmática, doctrinal y jurisprudencialmente todos los problemas que trae consigo el actual sistema y sus visos y caminos de reforma; pero se quiera o no es preciso partir, como premisa, de la especialidad de la materia; la profesionalidad de los presuntos autores de delito, la vertiente y consecuencias asimismo profesionales de las penas, la relevancia puramente técnica de los razonamientos sobre los hechos que habrán de conducir a lo que pudieramos llamar la resolución náutica del supuesto como previa a la resolución jurídica y, en fin, todo un conjunto de características que individualizan un tipo de delitos y que justifican la especialidad del procedimiento.

c) La evolución histórica.

La existencia de jurisdicción especial para conocer de conductas de las gentes de mar en relación con su profesión, tiene su origen en los fueros personales y de privilegio usuales en la Edad Media y en gran parte de la Moderna. De manera paralela a la agremiación y sujeción de los comerciantes a los consulados, el primer antecedente de sumisión de los culpables de accidente marítimo a la Jurisdicción de Marina, es el artículo 7, Tratado 5, Título V de las Ordenanzas de 1.748, que determina que deberá ser juzgado en Consejo de Guerra el que hubiera perdido bajel de su mando por accidente de mar.

La peculiar condición del Capitán del buque y su identificación (senyor de la nau) con su parcial estatuto profesional-mercantil, que le vinculaba a depender de los Tribunales Consulares dió lugar a numerosos conflictos de jurisdicción (2).

-----  
(2) Vease sobre estos puntos, Orcasitas, "Nueva Legislación de abor-

dajes" y la tantas veces citada Obra de Gutierrez de la Cámara: "Las responsabilidades del abordaje delictivo".

-----

Sin embargo, en el ámbito penal o sancionador disciplinario, no parecen existir dudas sobre la tradicional competencia de los Tribunales de Marina. En este sentido, el artículo 118 (Título VIII, Tratado V de las Ordenanzas de la Armada de 1.973 dice:

"Ocurrido un abordaje con avería en cascos, armadura o cables, el Capitán de puerto, acompañado de cuatro o seis capitanes, o, en su defecto, Prácticos o patronos, pasará a bordo de la embarcación dañada, formando sumaria breve y sustancial de las circunstancias del mismo, recibiendo declaración a tres o cuatro individuos principales de ambas partes".

Posteriormente se regulan las peculiaridades del procedimiento consiguiente.

Otros antecedentes los encontramos en las Ordenanzas de 1.802, referentes a la competencia de los Comandantes Militares de Marina, para entender de todas las causas por abordaje, que se instruyan en el ámbito de su competencia. La R.O. de 4 de Septiembre de 1.818, restringió el ámbito del fuero, dejándose patente que la condición de la persona y de la materia en el aspecto jurisdiccional no serían tomadas en cuenta en el ámbito mercantil-privado; todo ello acorde con los principios de la Novísima Recopilación. La restricción al ámbito penal, en la materia que nos ocupa, de la competencia se verifica plenamente con el Decreto de 6 de Diciembre de 1868 y la Orden complementaria para Marina, de 8 de Febrero de 1.869. De manera concreta viene a establecerse que "la jurisdicción de Guerra y Marina conocerá de las causas por delitos de cualquier clase cometidos a bordo de las embarcaciones mercantes nacionales y extranjeras, naufragios, abordajes, arribadas, etc..." (todo ello sin las limitaciones lógicas por razón de las aguas en que se comentan, en lo que se refiere a buques extranjeros. Una instruc-



ción posterior, de 4 de junio de 1.873, establecía los procedimientos de incoacción de sumario en abordaje, distinguiendo si el accidente se comete en aguas interiores y otros casos concretos que -como en el caso de colisión entre buques de pesca y de tráfico interior- justifiquen mayor sumariedad, rapidez y simplificación del procedimiento.

Por último, el Decreto Ley de 10 de Julio de 1.925 da entrada al Título Adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina con una nueva regulación del sistema, que persistirá hasta el procedimiento especial vigente del Código de Justicia Militar de 17 de Julio de 1.945 (arts. 808 a 817), modificado el 811 por Ley de 21 de Abril de 1.949.

Como vemos la evolución legislativa es terminante. La tradicional competencia en la materia en el ámbito penal y disciplinario no ha tenido lagunas en su reconocimiento. Son una serie de eslabones concatenados que pueden dar lugar, evidentemente, a pensar en posibles modificaciones, pero que dejan lejos las transformaciones.

d) Existencia de propia dogmática penal.

Por último debemos referirnos al hecho de configurarse el delito de abordaje con una especial tipicidad que en su estructura culposa, que es la común en que se presentará, tiene unas particularidades que en cuanto al sujeto vienen configuradas por su condición profesional y con un conjunto de derechos y obligaciones especiales; en cuanto al objeto y dinámica del delito, este se tiene necesariamente que fundamentar en interpretaciones sobre la observancia correcta de las reglas de navegación y cumplimiento de las prescripciones

reglamentarias, lo que precisa flexibilidad y acomodación al caso concreto que necesariamente han de ser estudiados por el juez prácticamente puesto en el lugar de quien realiza la acción y no tanto como tal juez, cuanto como hombre de mar. La abstracción con que se toman los tipos delictivos dan aún mayor sentido a este problema, que ya consideramos tratado en el estudio del abordaje en su esfera penal.

### XIII

#### EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE ABORDAJE EN LOS ARTICULOS 808 AL 817 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR. -

1) Iniciación

2) Sumario y periodo de prueba.

Estudio de las pruebas en particular:

- a) Análisis fáctico y circunstancias que rodean al hecho.
- b) Testifical.
- c) Pericial.
- d) La aportación de pruebas por el armador, aseguradores, interesados en la carga o cualquier otra persona que tenga intereses en el procedimiento. Razón de ser y alcance de esta participación indirecta en la instrucción.
- e) El artículo 812 del Código de Justicia Militar.
- f) El artículo 813 y el embargo preventivo de buques extranjeros.
- g) El artículo 816 y sus repercusiones en el análisis de la posible responsabilidad subsidiaria del naviero, armador, asegurador u otro interesado.
- h) Otros problemas del procedimiento.

### XIII

#### El procedimiento en los artículos 808 al 817 del Código de Justicia Militar.

1) Iniciación. - Se caracteriza fundamentalmente por dos especialidades:

a) Formación de Causa, por la Autoridad de Marina competente (la del lugar de arribada del buque o buques, en principio); lo que en cierto modo parece prescindir del procedimiento previo o diligencias previas; no es que se parta de presunciones de culpabilidad o de delito flagrante, sino que parece tenderse a facilitar una configuración rápida, valorativa del hecho del accidente marítimo.

b) Práctica por el Juez Instructor nombrado por las Autoridades de Marina competente, a la mayor urgencia, de las diligencias precisas para esclarecer las causas del siniestro y las responsabilidades que del mismo puedan derivarse.

Estos aspectos son estudiados en el art. 808 (1).

-----  
(1) Art. 808. "Siempre que se produzcan abordajes, las autoridades de Marina del lugar o lugares a que arriben los buques o en que se ocasionó el accidente prevendrán la formación de causa, conforme dispone el artículo 58, practicando el Juez instructor, con la mayor urgencia posible, las diligencias precisas para esclarecer las causas del siniestro y las responsabilidades que del mismo puedan derivarse.

Quando con motivo del abordaje se practiquen diligencias en distintas provincias marítimas, si corresponden al mis-

mo Departamento, se acumularán siguiéndose por el Juez instructor que designe la respectiva Autoridad judicial, y si pertenecen a distintos Departamentos se continuarán en la provincia marítima que primero comenzase la instrucción.

Si arribasen los buques a distintos Departamentos, se continuarán en la provincia marítima que primero comenzase la instrucción.

Si arribasen los buques a distintos Departamentos, será competente la Autoridad jurisdiccional que primeramente hubiese tenido conocimiento del hecho y hubiera empezado a actuar.

-----

El segundo y tercer párrafo prevén normas específicas para determinar la competencia en caso de práctica de diligencias, respecto de los mismos hechos en distintos lugares.

Del mismo modo son normas de atribución las de los arts. 809 y 810.

Art. 809.- Cuando sólo intervengan en el accidente buques extranjeros de una misma nacionalidad se estará a lo dispuesto en el 2º párrafo del apartado b) del nº 1 del artículo 9º de este Código, si el accidente no acepta a interés alguno extraño a la nación a que pertenezcan.

Art. 810.- Si el abordaje se produce en aguas libres entre buques españoles o entre españoles y extranjeros, o en aguas extranjeras entre buques españoles, el Capitán de cada uno de estos últimos que no haya de arribar seguidamente a puerto español ni a puerto extranjero en que exista Consul de España, instruirá, para cuanto a su buque corresponda, las diligencias que prescribe el artículo siguiente, y las entregará en el primer puerto a que arribe, si fuese español a la Autoridad Local de Marina, y si fuese extranjero al representante consular de España, quien ampliando previamente la averiguación, si lo juzga necesario, remitirá dichas diligencias a la Autoridad Judicial competente para conocer de ellas, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 37.

Para actuar como Secretario de las diligencias a que se refiere el párrafo anterior, como en las que deben instruirse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 58, 523 y 524, designarán los Capitanes o Patrones de buques mercantes a cualquier individuo de la tripulación, según se define esta en el artículo 9º de la Ley Penal de la Marina Mercante.

En los casos previstos en el párrafo 1º de este artículo, el Capitán de cada buque español que inmediatamente después del abordaje llegue a puerto extranjero donde haya Consul de España, dará cuenta del suceso, sin demora, a este Funcionario, el cual instruirá las correspondientes diligencias, ateniéndose a las disposiciones del artículo siguiente, y las cursará a la expresada Autoridad Judicial.

Judicial.

En todo caso se harán constar en el Diario de Navegación, por los respectivos Capitanes, las causas e incidentes del abordaje y los daños que de este se deriven para el buque, cargamentos o personas embarcadas.

2). Sumario y periodo de prueba.

Sobre las fases de diligenciamiento y análisis de pruebas a lo largo del sumario, por el Instructor, se determinan en el artículo 811 los puntos a estudio en todo sumario. Fundamentalmente estas pruebas pueden clasificarse en:

- a) Análisis fáctico y circunstancias que rodean al hecho
  - estado del mar y viento
  - movimientos de los buques desde que se avistan hasta que tiene lugar el abordaje; factores de visibilidad, tipos de buque y sus características, etc.

Este grupo de pruebas se basará normalmente en información oficial y consulta de libros de navegación de cada buque, sus Diarios y cartas náuticas, así como el Cuaderno de Bitácora y el Cuaderno de Máquinas.

b) Testifical.

En la persona de Capitanes o Patrones así como de los miembros más caracterizados, a efectos de informe, en la dotación, bien por el lugar en que se encontraban en el momento de evento, bien por la función (como en el caso de los maquinistas) que desa-

rollaban. En relación a estas pruebas, el artículo 812 establece la posibilidad de que el Instructor suspenda la salida a la mar de los buques, hasta tanto no se hayan verificado las oportunas declaraciones de los tripulantes.

c) Pericial.

En dos sentidos; De un lado para la tasación de los daños sufridos por los buques y sus cargamentos, y de otro para elaborar un informe técnico sobre las posibles maniobras ordenadas y realizadas en ambos buques, su situación y probable modo de gobierno previo a la colisión.

Se realiza por dos oficiales del Cuerpo General de la Armada, al que también pertenecerá el Instructor y podrán ser varios, si así fuera preciso, conforme a sucesivas aportaciones de pruebas.

Lógicamente, el Instructor proveerá a la adopción de otro tipo de pruebas que considere pertinentes, desde la mera inspección ocular a la práctica de diligencias dirigidas a la aportación de la necesaria documentación que podrá adjuntar al procedimiento (fotografías, cartas náuticas del lugar, informes oficiales meteorológicos, copias de libros de navegación, certificado de la inscripción de buques y de última valoración, con los datos físicos, mecánicos y de tonelaje, etc.).

d) La aportación de pruebas por el armador, aseguradores, interesados en la carga o cualquier otra persona interesada.



El párrafo 2º del artículo 811 del Código de Justicia Militar dice:

"Los armadores, aseguradores, interesados en la carga, o cualquier otra persona que no siendo el procesado tenga intereses en el asunto, podrán, por sí o por medio de sus representantes legales, sin que ello implique ejercicio de acción privada ni que se les tenga como partes en el procedimiento dirigir los escritos que estimen pertinentes y proponer la práctica de pruebas que juzguen conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos. El Juez Instructor admitirá o rechazará las peticiones formuladas por los interesados, quienes pueden recurrir de esta resolución dentro del plazo de tres días, mediante escrito dirigido por conducto del Juez Instructor, ante la Autoridad Judicial, quien resolverá inapelablemente, previo dictamen de su Auditor.

Cuando el Juez Instructor considere terminado el procedimiento lo remitirá al Capitán General del Departamento con un croquis donde aparezcan indicados los movimientos que ejecutaron los buques e informe donde exponga el juicio que le merezcan las maniobras ejecutadas por cada uno de ellos y la responsabilidad o irresponsabilidad que resulte.

Se prescindirá de este informe cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior las diligencias se instruyan en un Consulado o por el Capitán de un buque".

Veamos que dice que "podrán... sin que ello implique el ejercicio de acción privada, ni que se les tenga por partes en el procedimiento dirigir escritos y proponer la práctica de pruebas!"

Por consiguiente, el legislador; consciente de la existencia de intereses patrimoniales en la empresa de navegación y de que esos intereses pueden verse afectados, no sólo a través de las responsabilidades civiles derivadas de la penal, por sentencia condenatoria valorativa del presunto delito del Capitán, Patrón o miembro de la dotación, sino también indirectamente de la trascendencia de la cosa juzgada penal ulteriormente; posibilita la aportación de pruebas a los interesados, pero cuidando de recalcar:

a) Que ello no implica ejercicio de acción privada.

b) Que en ningún caso serán considerados los citados interesados indirectos, como partes en el procedimiento penal.

Por ello queda patente que los no inculcados en la Causa no tienen personación, ni representación posible. El proceso se centrará exclusivamente en el sujeto o sujetos del delito.

No existe posibilidad de que el naviero o asegurador acuda debidamente representado, v.gr. como acusador particular.

A la vista del precepto cabe preguntarse: si el Código de Justicia Militar no reconoce como terceros, ni como partes representadas legalmente, a los aludidos como personas que tengan intereses en el asunto "¿cual es el sentido de esta llamada de atención del art. 811? ¿cuales son esos posibles intereses?

Antes decíamos que el legislador ha sido consciente de la presencia de unos patrimonios afectados, pero esa realidad le impulsa a reconocer que sean escuchados los razonamientos y sean aportados escritos y pruebas exclusivamente para el mejor esclarecimiento de los hechos; pero en ningún caso prevé que los titulares de esos intereses entren en el proceso para la tutela de los mismos, como partes. A nuestro juicio ello comporta:

1º) Que el legislador relaciona solo indirectamente al armador, asegurador, o cualquier interesado con el procedimiento especial penal por abordaje.

2º) Que tácitamente excluye a dichos interesados del ámbito del delito en toda su extensión, incluido el de las responsabilidades civiles derivadas de la penal.

3º) Que en consecuencia, hay que acudir al artículo 711 del Código de Justicia Militar, a cuyo tenor "La responsabilidad civil que resulte contra terceras personas deberá exigirse ante los Tribunales comunes a instancia de los interesados"; para concluir que el naviero y demás interesados, salvo directa inculpación, no se van a relacionar con la proyección jurídica del abordaje, hasta tanto no se llegue a la fase privada, mercantil, ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Como ya establecemos en otro lugar de este estudio (3) se ha tratado de proteger los intereses que serán afectados "a posteriori" por la posible condena y la consiguiente evaluación que se realiza de daños y responsabilidades, que tendrá ulterior trascendencia en el orden civil.

Creemos, por lo expuesto, que el legislador cierra un tanto la posibilidad de traer a colación la responsabilidad subsidiaria que podría pensarse derivada del art. 257 del Código Castrense, en relación con los arts. 21 y 22 del Código Penal; y ello por la imposibilidad de los interesados para ser parte lo que haría improcedente su condena y por la propia naturaleza del procedimiento cuya entidad y razón de ser y sobre todo su finalidad no persigue la

-----

(3) Véase el análisis de la "Naturaleza de la responsabilidad del naviero" y su proyección al supuesto de abordaje".

fijación de responsabilidades patrimoniales de terceros, sino que se sustancia pensando antes que nada en la valoración de una conducta nautico-profesional.

Sin embargo, parte de la doctrina, v.gr. Gutierrez de la Cámara y Orcasitas, reconoce la posibilidad de esta responsabilidad subsidiaria, en base a los arts. 812 y 813 del Código militar vigente, como ya analizamos en su momento. Vamos a estudiar dichos preceptos.

e) El artículo 812 del Código de Justicia Militar.

Art. 812. - Si el abordaje no impidiese a los buques continuar la navegación, se suspenderá esta por el tiempo absolutamente indispensable para que el Instructor reciba declaraciones a los tripulantes a quienes considere oportuno interrogar y practique con la mayor prontitud las diligencias para las cuales se necesite la presencia de los buques en el lugar donde se instruyan las actuaciones.

A este efecto se produrará que el Oficial comisionado para la instrucción quede relevado durante la misma de todo otro servicio.

Antes de que los buques presuntos responsables de un abordaje sean despachados por la Comandancia o Ayudantía de Marina, se anotará en el certificado de propiedad la prohibición de venta mientras no se solventen las responsabilidades derivadas del abordaje.

Los citados, Gutierrez de la Cámara y Orcasitas, deducen, del art. 812, que establece una tutela de los intereses que provoca el abordaje sobre bienes de tercero (armador o naviero). Conforme a tal razonamiento, surgiría una excepción al principio jurídico-castrense de que la responsabilidad civil derivada de la penal solo puede recaer sobre los inculpados y sus bienes, tendien-

dose a asegurar la responsabilidad subsidiaria del armador, declarada, naturalmente por la jurisdicción de Marina, no pudiendo alzarse la caución hasta que haya prescrito el plazo para ejercitar la acción civil ante la Jurisdicción ordinaria.

A nuestro juicio, los párrafos primero y segundo del artículo 812, al referirse a la suspensión de la navegación, por el tiempo indispensable para que el Instructor reciba declaraciones a los tripulantes, esta dirigido únicamente a prever las necesarias contingencias que rodean en sí la primera fase de la Instrucción, sin que se pueda pensar que se provoca una retención temporal del buque por otra causa; razón por la que se establece que tales diligencias se realizarán con la mayor premura y urgencia.

El párrafo tercero establece que se verifique anotación en el certificado de propiedad del buque, para formalizar la prohibición de su venta, mientras no se solventen las responsabilidades derivadas del abordaje.

Aquí, en efecto, se indica una medida precautoria sobre un bien de tercero -el armador o naviero- titular propietario del buque presunto culpable del accidente.

Ahora bien, creemos que ello no prejuzga nada sobre la responsabilidad de los terceros en el orden penal. Lo que ocurre es que esa medida de aseguramiento es necesaria en algún caso, y la tiene que tomar, lógicamente, la Autoridad de Marina que

judicialmente se encuentra entendiendo de la materia y, de otro lado, es punto básico en materia de Derecho marítimo que es precisamente el buque el patrimonio sobre el que se verificaría una ejecución de responsabilidades; pero el señalamiento de las mismas y su determinación personal lo realizará la jurisdicción ordinaria aplicando la normativa de los arts. 826 y sigs. del Código de Comercio, sin que ello esté directamente en dependencia del procedimiento penal.

El precepto culmina diciendo "mientras no se solventen las responsabilidades derivadas del abordaje". Pues bien, esas responsabilidades en el ámbito civil no derivado del penal, en el momento en que se dirigen en relación al naviero, no se solventan hasta la sentencia civil -salvo arbitraje de derecho privado- sin que la Jurisdicción de Marina haya participado más que en su aseguramiento, sin perjuicio de la responsabilidad civil directa, derivada de la penal, de los inculcados en el abordaje.

f). El art. 813 y el embargo preventivo de buques extranjeros. -

El art. 813, tiene el mismo sentido, al facultar al Instructor para suspender la salida a la mar de los buques extranjeros, cuando no presten fianza suficiente que asegure las responsabilidades civiles y haya indicios racionales de que estas puedan imputarse a alguno o algunos de los miembros de la dotación. La materia supuso realmente -como dijo Fernández Repe to (4)- una auténtica novedad en su regulación por cuanto no podía llevarse a cabo el embargo preventivo de buque extranjero por el

-----  
(4) "Comentarios a la novísima Legislación sobre abordajes, naufragios, salvamentos y hallazgos".

juez civil, al abrigo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al carecerse de título ejecutivo bastante. La adopción, ratificación y publicación del Convenio de Bruselas de 10 de Mayo de 1.952 sobre embargo preventivo de buques de navegación marítima, nos ofrece una norma de carácter general, a cuyo abrigo podría realizarse dicho embargo. Sin embarco, el reconocimiento del sistema del Convenio se ha realizado en nuestro Derecho interno con la Ley de 8 de Abril de 1.967, en la cual se acomodan las disposiciones del Convenio facilitando la necesaria rapidez en el aseguramiento de los créditos marítimos. En este sentido, su art. 1º dice:

"Para decretar el embargo preventivo de un buque extranjero por crédito marítimo que se define en el artículo 1º del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1.952, bastará que se alegue el derecho o crédito reclamados y la causa que los motive.

El Juez exigirá en todo caso fianza en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse. Esta fianza podrá ser de cualquiera de las dases que reconoce el derecho incluso el aval bancario".

Se completa esta disposición, recogiendo en un 2º art. las limitaciones del art. 3º del Convenio, para concluir aludiendo a la posibilidad de oposición al embargo (Art. 3º)

"Art. 2º. Se tendrán en cuenta respecto a los buques objeto de embargo las limitaciones del art. 3º del Convenio".

"Art. 3º. Hecho el embargo, la oposición sólo podrá fundarse en el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en los dos artículos anteriores".

El art. 813 fué en cierto modo pionero, pero su objeto era el de permitir la "suspensión de salida al mar", distinta del embargo en sí.

El precepto también ha sido utilizado, junto al 812 y al 816, para afirmar la posibilidad de reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria del naviero en el proceso penal. Insistimos en el mismo punto que al tratar del art. 812. La existencia de medidas de aseguramiento no implica el reconocimiento de esa responsabilidad en este proceso. Lo que se afirma es un principio más de sujeción precautoria, que puede llegar a la ejecución sobre el objeto, pero no -creemos- por la Autoridad Judicial de Marina, sino a través de la determinación de las responsabilidades ulteriormente por el Juez Civil.

Partimos del art. 711, antes citado, para verificar estas afirmaciones, en relación con constante doctrina del Tribunal Supremo a la luz de los 826 y siguientes del Código de Comercio, porque en el seno de la regulación del abordaje en el Código Militar reconozcamos que no queda taxativamente claro; sobre todo si observamos ahora el art. 816.

f) El art. 816 y sus repercusiones en el análisis de la posible responsabilidad subsidiaria del naviero, armador, asegurador y otro interesado.

A la vista de este artículo, en relación a los 811 al 813, Gutiérrez de la Cámara concluye que estamos ante el reconocimiento palpable de que "si el Tribunal no puede concretar la responsabilidad criminal en determinada persona, debe la propia Jurisdicción de Marina hacer efectiva la propia del armador".

Orcasitas por su parte, afirma que es preciso distinguir una responsabilidad subsidiaria del armador limitada al daño emergente, que declaran los Tribunales de Marina, y una culpa civil de este que puede abarcar la totalidad de los daños y per-



juicios que puedan derivarse del accidente, y que será, en su caso, demandada ante la Jurisdicción ordinaria.

En contra de lo expuesto y deslindando terminantemente el campo de la responsabilidad civil del naviero, aseguradores etc., como competencia exclusiva de la Jurisdicción ordinaria, Ogayar, creemos que prácticamente toda la doctrina mercantilista española que ha estudiado el problema y el Tribunal Supremo.

Realmente, el art. 816 es evidentemente el que mayor problema plantea a esta última postura que, en general, compartimos. Veamos:

Si el proceso penal-militar se dirige a la determinación de las responsabilidades civiles subsidiarias y se declara en rebeldía al reo y presunto autor del delito, ¿qué objeto tiene fallar contra quien no va a cumplir la condena penal, si, en principio, conforme a las reglas del proceso militar, posiblemente no va a ser posible la ejecución de las responsabilidades civiles? ¿Qué razones existen para condenar "en rebeldía" contra la normativa general? ¿cómo, en abstracto, puede garantizarse una instrucción completa y clara, en los casos en que la rebeldía se produzca mediado el procedimiento? ¿en qué bienes se ejecutarán estas responsabilidades, en los del capitán o miembro de la dotación al que se condene, en el propio buque...?

Pero no es solo el problema de la rebeldía, sino también el de "desconocimiento o muerte de los presuntos responsables".

Esto ya parece un tanto excesivo, la condena penal de quien ha fallecido, contra la norma de extinción de la responsabi-

dad penal por muerte de la persona responsable del nº 1º del art. 112 del Código Penal y el correlativo del nº 1º del artículo 248 del Código de Justicia Militar.

El precepto tiene su antecedente inmediato en el art. 9 de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina y su justificación -aunque ciertamente, lo consideramos un tanto imprudente (5)- en los siguientes razonamientos:

a) El legislador observa dos planos muy diferenciados en el estudio del abordaje: el estricto delictivo náutico-penal y el resultado de daños.

b) Partiendo de tal premisa, considera tan importante la fijación de la culpabilidad y la consiguiente declaración de responsabilidades civiles, que por ningún concepto, considera que debe interrumpirse la instrucción hasta la consecución de sentencia, que deberá ejecutarse en el ámbito de las responsabilidades civiles.

c) Ahora bien, esa sentencia no deberá declarar responsables subsidiarios civiles, y esa ejecución de responsabilidades se realizará, si es posible, sobre los bienes del reo condenado en rebeldía, en desconocido paradero o fallecido.

Tal postura podría explicarse, aunque un tanto más artificialmente, pero con cierta lógica, si pensamos que el legislador del Código castrense conoce la doble jurisdicción en materia de abordaje, conoce que la cosa juzgada penal importa que sea debatida en el procedimiento especial de abordaje, aunque evidentemente no exista una vinculación del Juez civil, ni de otra parte,

-----

(5) En el reciente Congreso de la abogacía de León, 1.970 una de

las mociones que estudiaba las legislaciones especiales y, concretamente la presentada por el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz, estudiaba este artículo y proponía su derogación, fundamentándose, en esencia, en los principios generales de no condenar en rebeldía y en la extinción de la responsabilidad criminal por muerte del reo.

-----

exista inconveniente alguno en la reanudación de los plazos de pres  
cripción de acciones civiles, por la declaración de rebeldía en el  
proceso militar y la consecuente eficacia de las acciones en vía or  
dinaria "ex tunc".

-Pero, parece como si se hubiera querido llegar le-  
jos y fundamentar una necesidad del procedimiento especial de abor  
daje, un llegar a toda costa a la culminación del mismo.

En consecuencia, aunque quizás a efectos de exposición  
hemos radicalizado un tanto los extremos doctrinales, debemos punta  
lizar que la teoría de Gutiérrez de la Cámara y Orcasitas debe en-  
tenderse como fundamentada, en sentido relativo. Creemos que lo  
que la Jurisdicción de Marina puede hacer, es asegurar la responsa  
bilidad del armador o naviero (arts. 812 y 813); tomar medidas de  
caución y aseguramiento respecto al buque. Pero esto es distinto  
de la "declaración" de responsabilidad subsidiaria del naviero o ar  
mador. Es distinto de la expresa condena del mismo al abono de  
los daños y perjuicios causados a consecuencia de una conducta dolo-  
sa o culposa ajena penalmente al titular del buque. A pesar del con-  
tenido del artículo 816, cuya razón de ser y alcance hemos entendido  
en el sentido expuesto, insistimos que no debe hablarse de determina  
ción de la responsabilidad subsidiaria de los titulares o interesados  
en la empresa mercantil marítima, en el seno de la sentencia pe-  
nal. La posibilidad de medidas de aseguramiento se reconoce, pero,  
ahí comienza y termina la función de la Jurisdicción de Marina en  
este punto.

h) Otros problemas del procedimiento.

Por último digamos que los artículos 814, 815 y 817

del Código de Justicia Militar, afirman:

Art. 814. No obstante la facultad otorgada en el artículo 513 de este Código, cuando los testigos residan en territorio extranjero, sólo se expedirá exhorto para que presten declaración cuando no exista otro medio de comprobar un hecho que pueda influir en la averiguación del delito.

Si los testigos que residen en el extranjero prestaron declaración en diligencias instruídas por Cónsules o Capitanes de buques mercantes nacionales se prescindirá de interrogarles nuevamente.

Tampoco se permitirá la ratificación que, como medio de prueba, autoriza en el plenario el artículo 741 del mismo Código, cuando los testigos no residan en territorio español.

Art. 815. Tanto a la terminación del procedimiento como durante su tramitación, podrán facilitarse copias de documentos o certificados de particulares que los interesados soliciten de los Capitanes Generales de los Departamentos, cuando estas Autoridades, de acuerdo con sus Auditores, no consideren inconveniente su publicidad.

Art. 817. Las Autoridades jurisdiccionales de los Departamentos podrán ordenar, cuando lo crean conveniente, que las causas que se instruyan por abordaje se continúen en la capital del Departamento o en la de las respectivas provincias marítimas.

El primero y último son nuevas normas tendentes a facilitar, agilizar y pormenorizar la instrucción. El art. 814 expresa normas sobre la declaración de testigos y sobre las mismas creemos que huelga todo comentario.

Por lo que respecta al art. 817, digamos que en las sedes de las Superiores Autoridades Jurisdiccionales de cada Zona Marítima, existen juzgados marítimos permanentes en los que se centra

liza la instrucción de las causas una vez que han sido instruídas las primarias pruebas del accidente marítimo en cuestión. Con tal especialización se dirige y tramita el procedimiento, siempre de manera unitaria.

Por lo que respecta al artículo 815, está pensando directamente en los terceros interesados en el procedimiento (navieros, aseguradores, etc.) que, a los efectos de la tramitación civil, pueden precisar copias de documentos o certificados de particulares. De otro lado, la utilización en la instrucción de documentación personal y real, hace previsible la necesidad de facilitar lo solicitado con tal carácter.

XIV

La coexistencia de las Jurisdicciones Ordinaria y de Marina en materia de abordaje.- Conclusiones sobre los problemas que plantea.-

19) La marginación del naviero, asegurador y demás interesados en el procedimiento ante la jurisdicción de Marina.

La posible insuficiencia del art. 811 del Código de Justicia Militar.

29) Trascendencia, valor y eficacia de la cosa juzgada penal ante la Jurisdicción Ordinaria, en el abordaje.-

- ) La posible excepción de cosa juzgada.

-) El Juez civil ante la sentencia absolutoria del Consejo de Guerra.

-) Jurisprudencia sobre el problema y Sentencias de las Audiencias Territoriales y de los Juzgados de primera instancia.

-----

XIV

La coexistencia de las Jurisdicciones Ordinaria y de Marina en materia de abordaje.- Problemas que plantea.-

En otros lugares de este estudio (6) tratamos de determinar el alcance y justificación de la competencia de la Jurisdicción de Marina en materia de abordaje, y analizamos el procedimiento y su tramitación. Ahora, vamos a plantearnos los problemas que surgen de la doble Jurisdicción.

Necesariamente tendremos que insistir sobre puntos ya tratados pero entrando más precisamente en los conflictos que pueden suscitarse en las relaciones entre los dos procesos y proponiendo, en la medida de lo posible, algunas ideas sobre la apertura de ciertas líneas de reforma del sistema.

1º) La marginación del naviero, asegurador y demás interesados, en el procedimiento ante la Jurisdicción de Marina. La posible insuficiencia del artículo 811 del Código de Justicia Militar.-

Hemos afirmado en este mismo trabajo que en la declaración o reconocimiento de las responsabilidades civiles, la Jurisdicción de Marina se limita a determinarlas y a considerar los daños y perjuicios derivados del abordaje, como responsabilidad civil derivada de la penal que sujeta los bienes del culpable condenado -Capi

-----

(6) Concretamente en los apartados "El abordaje como procedimiento especial de la Jurisdicción de Marina en "Derecho español" y "El procedimiento especial de abordaje en los arts. 808 al 817 del Código de Justicia Militar".



tán, Patrón u otro miembro de la dotación- pero que no es competente, por el contenido del artículo 711 del Código de Justicia Militar (7), para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del naviero o asegurador. Lo único que la Jurisdicción de Marina puede hacer es asegurar la responsabilidad del armador o naviero (arts. 812 y 813 del C.J.M.) y tomar medidas de caución y aseguramiento respecto del buque. Pero esto es distinto de la declaración de responsabilidad subsidiaria del naviero o armador. Es distinto de la expresa condena del mismo al abono de los daños causados a consecuencia de una conducta dolosa o culposa ajena penalmente al titular del buque. En una palabra, la Jurisdicción de Marina se extiende a todo lo que abarca el dolo o la culpa penal e incluso puede llegar en algún caso a la sujeción preventiva de un bien que, como el buque, no es patrimonio -normalmente- del inculpado (Capitán, Patrón, etc.); pero no se extiende, no puede abarcar el ámbito de la culpa civil, de la responsabilidad extracontractual que regula el art. 826 del C. de C.

Si partimos de estos presupuesto se entiende y justifica mejor el párrafo 2º del artículo 811 del C.J.M., que dice:

"Los armadores, aseguradores, interesados en la carga, o cualquier otra persona que no siendo el procesado tenga intereses en el asunto, podrán por sí o por medio de sus representantes legales, sin que ello implique ejercicio de acción privada ni que se les tenga como partes en el procedimiento, dirigir los escritos que estimen pertinentes y proponer la práctica de pruebas que juzguen conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos.

-----

- (7) Art. 711. "La responsabilidad civil que resulte contra terceras personas deberá exigirse ante los Tribunales comunes a instancia de los interesados".

El Juez Instructor admitirá o rechazará las peticiones formuladas por los interesados, quienes pueden recurrir de esta resolución, dentro del plazo de tres días, mediante escrito dirigido por conducto del Juez Instructor, ante la Autoridad judicial, quien resolverá inapelablemente, previo dictamen de su Auditor".

De su lectura se induce:

-) Que los armadores, aseguradores interesados en la carga o cualquier otra persona que tenga intereses en el asunto debatido podrán dirigir escritos y proponer la práctica de pruebas al Juez Instructor.

-) Tales aportaciones servirán para el mejor esclarecimiento de los hechos.

-) El hecho de haber participado en el sumario a través de esta fórmula indirecta de aportar o proponer pruebas no implica que se les considere partes en el procedimiento.

Al no ser partes, al considerarseles ajenos, es lógico que no se les condene subsidiariamente. El reconocimiento legal de su responsabilidad se realizará en la vía civil competente. Ahora bien: ¿Hasta que punto, si tenemos en cuenta la eficacia de la cosa juzgada penal en el proceso civil, el naviero, asegurador, etc., se sienten afectados por la sentencia del Consejo de Guerra?.

Creemos que es absolutamente evidente que el naviero, asegurador, etc., han de estar muy interesados y expectantes ante la sentencia del Tribunal Militar de Marina. Pensemos que, si es esta es condenatoria, necesariamente va a determinar una pena y unas responsabilidades civiles del Capitán o miembro de la dotación de uno de los buques. Sin perjuicio de que trataremos a continuación

el problema de la eficacia de la sentencia penal en la vía civil, puede adelantarse que el naviero del buque al que se achaca la culpabilidad del abordaje llega al proceso civil con una presunción de responsable absoluto, independientemente del curso de la nueva instrucción. La trascendencia de la cosa juzgada penal, parece a primera vista palpable para el naviero, asegurador, etc. Por consiguiente se ha afirmado razonablemente por la doctrina (8) que las posibilidades que brinda a los interesados patrimoniales el art. 811 del C.J.M. son insuficientes.

Estamos de acuerdo con esta tesis. En efecto: Si pensamos que el procedimiento especial de abordajes de los arts. 808 al 817 del C.J.M., está solamente dirigido a investigar una conducta náutico-profesional, el art. 811 es suficiente. Pero ocurre que no podemos opinar así. Cuando el Consejo de Guerra juzga una causa por abordaje, su sentencia no va a ser solo una declaración de culpabilidad de un Oficial de la Marina Mercante, un Patrón de Pesca o cualquier tripulante culpable de un buque. Esa sentencia va a tener una ulterior eficacia se quiera o no; en otro caso la acción civil podría ejercitarse el mismo día de la colisión sin esperar instrucción alguna de Marina. Hay que ser conscientes de esta situación. Por consiguiente, entendamos justificada la doble jurisdicción como en otros lugares afirmamos, pero no minimicemos la función ni el alcance del fallo del Consejo de Guerra que entiende del abordaje. Tengamos en cuenta su proyección ulterior. Debe darse entrada a los navieros como parte en el procedimiento penal, como -

-----

(8) Ogayar: "Las responsabilidades civiles derivadas del abordaje en Derecho Español. - REDEMAR (I Jornadas Nacionales de Derecho Marítimo)."

acusador particular el armador perjudicado, que no está representado, y el naviero del buque presunto responsable para que pueda aportar cuanto considere procedente, directamente. Igualmente a los aseguradores y demás interesados.

El acusador particular no existe en Derecho militar, pero estamos ante un procedimiento especial y si ya se dan en él varias especialidades como la del art. 811, no hay problema, creemos, para adoptar esta posición en la línea de la reforma que propugnamos del Código de Justicia Militar. Reforma que contribuiría a facilitar una mayor tendencia hacia el sistema probatorio, abandonando lo excesivamente inquisitivo del procedimiento actual, impropio en materia de abordajes; reforma que, de otro lado, contribuiría a una determinación más exacta y precisa de las responsabilidades civiles al posibilitarse una directa defensa de su alcance y medida por los más interesados en su precisión; reforma, por último, que podría facilitar el posterior proceso civil y que incluso daría pie para hacernos reconsiderar la idea de la posible declaración de responsabilidad civil subsidiaria del naviero del buque abordador, como excepción al art. 711 del Código de Justicia Militar, teniendo en cuenta la condición que en tal caso tendría, como parte en el procedimiento, dicho naviero, o el interesado que lo deseara y justificara.

29) Trascendencia, valor, y eficacia de la cosa juzgada penal ante la Jurisdicción ordinaria, en el abordaje.-

Los presupuestos que hay que tener en cuenta en el planteamiento de esta cuestión son los siguientes:

a') El naviero no es parte en el proceso penal militar, ni debe ser condenado en la sentencia del Consejo de Guerra como responsable civil subsidiario, en aplicación de los arts. 202, 205, 206 y 711 del Código de Justicia Militar.

b') Sin embargo la sentencia criminal afecta -no vincula- al naviero, en la medida en que el Juez civil, sin perjuicio de su ulterior instrucción y nuevo análisis de las circunstancias de hecho, se ve vinculado por las sentencias condenatorias y por aquellas que declaren la inexistencia del abordaje.

30) En la vía civil, los puntos de partida son los de enjuiciamiento del hecho del abordaje, con todos los elementos de juicio de la instrucción en la Jurisdicción de Marina, más los aportados por los navieros o aseguradores que ya son parte en el nuevo proceso, en el cual existirá la responsabilidad civil directa respecto de estos por la vía del artículo 826 del C. de C., en relación al 1.902 del Código Civil.

- La posible excepción de cosa juzgada.-

La sentencia de la Jurisdicción de Marina cuando determina la culpabilidad de uno de los buques es totalmente vinculante para el Juez civil; si procesalmente no viene a constituir de derecho una auténtica excepción de cosa juzgada, de hecho lo

es en cuanto a la determinación de las circunstancias concurrentes en el accidente, en cuanto a la declaración de culpabilidad y en general en todos sus pronunciamientos. Si no produce excepción de derecho es únicamente porque la determinación de responsabilidades civiles que realiza está sujeta a alteración en su determinación básica al variar el sujeto responsable, que ahora, en el proceso civil, va a ser el naviero, antes todavía entre bastidores. Al dirigirse contra él la acción y aparecer como parte, se le oirá y se examinarán las pruebas y nuevos elementos de juicio que aporte. O sea, si no hay excepción es por las propias limitaciones de la Jurisdicción de Marina que se detiene en el personal de la dotación inculcado sin poder entrar en el sector civil, al que sólo podría tocar por el aspecto de la responsabilidad civil subsidiaria, lo que no realiza por una interpretación estricta del art. 711 y concordantes del Código castrense. Sensu contrario, en la vía civil, al comparecer el naviero como responsable principal y directo, por el tenor del art. 826 del C. de C., se ofrecen aspectos y valoración jurídica distintos.

En consecuencia.

- ) No se produce "de iure" excepción de cosa juzgada.
- ) El Juez Civil queda vinculado por la sentencia condenatoria en todo lo que aquella determine.
- ) Al cambiar el sujeto y aparecer el naviero como responsable directo, se alteran subjetivamente los elementos procesales.
- ) A efectos de determinación de la obligación del demandado o demandados se procede a nuevo enjuiciamiento valorativo.

-) Este nuevo enjuiciamiento no podrá alterar la determinada y juzgada culpabilidad del buque condenado. Sólo podrá establecer nuevos asertos sobre el montante determinante del valor de los daños y perjuicios, pudiendo entrar asimismo en el análisis de la posible responsabilidad extracontractual del titular del buque que ha resultado inocente en la apreciación de la sentencia del Consejo de Guerra, dado que la inexistencia de responsabilidad penal del mismo no prejuzga sobre su posible culpa civil.

Esta vinculación se da igualmente en el caso de que la sentencia del Consejo de Guerra declare no haber lugar al abordadaje, lo que será cosa juzgada plena, a todos los efectos, al no poder surgir acción civil de un hecho que se considere no acaecido.

Sensu contrario, cuando la sentencia del Tribunal Militar es absolutoria, el camino está sin iniciar, salvo en lo que respecta a la aportación de los elementos de juicio que derivan de la instrucción. Es lógico: se determina no haber lugar a responsabilidades criminales, pero no se pronuncia sobre la extracontractual.

Esto plantea un importante problema, el de la valoración que haya de darse a la sentencia absolutoria, teniendo en cuenta la legislación penal existente en materia de abordaje (arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de Diciembre de 1.955).

El Juez civil ante la sentencia absolutoria del Consejo de Guerra. -

Los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria

de la Marina Mercante después de tratar el abordaje doloso, estudian en sus párrafos segundos respectivos al abordaje culposo y exigen para que pueda ser tipificado que se haya cometido median-  
do grave negligencia o imprudencia del Capitán, Patrón o miembro de la dotación responsable del buque abordador (9).

Dada la tendencia de los Tribunales de Marina a cali-  
ficar siempre por estos artículos, sin acudir normalmente, como  
pudiera realizarse, al tratamiento de la imprudencia en el Código  
Penal Común, las posibilidades de que la sentencia sea absolutoria  
quedan notablemente incrementadas, dado que es mucho más difícil  
calibrar el delito náutico como existente y condenar en consecuencia,  
al precisarse gravedad en la conducta negligente o imprudente.

Ahora bien, cuando la causa llega al periodo de Plena-  
rio en el procedimiento militar especial de abordaje, es porque los

-----

- (9) Sobre estos puntos se realizan extensas consideraciones en el  
apartado dedicado al estudio del "Abordaje culposo". En ellas  
nos referíamos a la posibilidad de calificar el abordaje asimis-  
mo por el artículo 565 del Código Penal (delito) o por los arts.  
586, 3º y 600 (abordaje falta), pero puntualizábamos que existen  
de hecho ciertas reservas por parte de los Tribunales de Mari-  
na para realizar estas calificaciones, sin que se haya resuelto  
satisfactoria y determinadamente el problema en la Jurispru-  
dencia del Consejo Supremo de Justicia Militar.



indicios y pruebas y, sobre todo, los informes periciales técnicos realizados por miembros del Cuerpo General de la Armada, han establecido la existencia de claras bases que permiten inducir la culpabilidad del encargado, tripulante del buque abordador.

Incluso la sentencia se expresará, como puede verse en muchas de las seleccionadas en el estudio "penal" de este trabajo, en terminos que indiquen claramente que concurre "simple" imprudencia o negligencia no grave y, por tanto, no se dan los elementos necesarios para tipificar el delito. Nosotros creemos que, en su caso, podría acudirse en estos supuestos al art. 565 del Código Penal o al abordaje falta. Sin embargo lo normal es que el fallo decrete unicamente la absolución. A pesar de ello, al Juez civil llegaran unos considerandos donde se hablará de simple negligencia o imprudencia, existente, aunque sin la suficiente entidad para constituir el delito culposo de la ley especial.

Así pues, ya se proporcionan normalmente, aún en las sentencias absolutorias, elementos de juicio que de hecho, realmente, vienen a establecer auténticas presunciones sobre la simple negligencia constitutiva de la responsabilidad extracontractual. Por ello, sin perjuicio de ulterior instrucción y prueba, la Jurisdicción ordinaria no puede sustraerse a los resultados de una previa instrucción que establece, casi expresamente, los presupuestos de una culpa civil. Aún en este caso de sentencia absolutoria puede existir asimismo una vinculación de hecho, no de derecho, al Tribunal ordinario.

Con las salvedades analizadas, pueden considerarse adecuadas las conclusiones de Ogayar y Ayllón, en su ya citado artículo de las 1<sup>as</sup> jornadas Nacionales de Derecho Marítimo,

en REDMAR. (1966/67, Fascículo I) "Las responsabilidades que origine el abordaje y su efectividad", quien afirma:

-) Si la sentencia penal declara que no hubo abordaje, la misma vincula al Juez civil, porque al no existir el hecho indispensable para el nacimiento de la acción civil, ni existe ésta ni, por ello, puede ejercitarse. Hay, pues, excepción de cosa juzgada cuando la jurisdicción penal declara la inexistencia del hecho determinante de la responsabilidad civil, pues lo que no existe no puede originar dicha responsabilidad.

-) Si la sentencia penal es absolutoria, por estimar que no hubo culpa penal en la persona a quien se impute el abordaje, no sólo no prejuzga para nada el pleito civil en lo que a indemnización se refiere, sino que deja expedita la vía civil para que los tribunales de este orden puedan apreciar si el accidente marítimo se produjo por culpa o negligencia prevista en los artículos 1902 del Código Civil y 826 del Comercio, con facultad amplia de apreciar todas las pruebas aportadas al pleito encaminadas a examinar de nuevo la conducta del Capitán, para lo que no puedan tenerse en cuenta los hechos declarados probados por el Tribunal marítimo, pues este los examinó al solo efecto de resolver que no existió delito y en el proceso civil se ventilan otras responsabilidades, con presupuestos y requisitos distintos, y para apreciarlos sólo vinculan al juzgador civil las alegaciones y pruebas que en esta vía se practiquen.

-) Si la jurisdicción de Marina declara que el abordaje fue delictivo y culpable del mismo el Capitán u otro miembro de la tripulación del buque, y fija, no solo la pena, sino las responsabilidades civiles derivadas del delito, tal declaración es vinculante para el Tribunal civil, el que no puede poner en duda ni discutir la culpabilidad declarada en la esfera penal.

Jurisprudencia sobre el problema y Sentencias de las Audiencias Territoriales y Juzgados de 1ª Instancia. -

En este sentido se inclinan todas las decisiones jurisprudencia

denciales sobre el problema, sentencias de 20 y 22 de Diciembre de 1.910, 25 de Mayo de 1.916, 24 de Abril de 1.926, 20 de Diciembre de 1.930, 27 de Mayo de 1.958, 2 de Febrero de 1.960 y -sobre todas ellas- la de 17 de Abril de 1964.

"La obligación del naviero del buque abordador de indemnizar daños y perjuicios previa tasación pericial, vine establecida en este artículo con la limitación prescrita en el 837, y es siempre de carácter mercantil, no obstante que el mismo hecho del abordaje y la culpa, negligencia o imprudencia del Capitán, u otros individuos de la dotación del buque que lo hayan ocasionado, quedan sometidos a la investigación y procedimiento de la Marina de Guerra, y hasta del fallo de sus Tribunales, si el abordaje reviste los caracteres de delito; pero todo ello no desnaturaliza la obligación de indemnizar, ni la subordina, en caso de condena, a la responsabilidad civil por razón del delito que sólo afecta a los sentenciados y sus bienes, según el núm. 4º del art. 11 de la Ley Organica de Tribunales de Marina; así como tampoco viene sometida a las disposiciones del Código penal sobre responsabilidad subsidiaria, porque el art. 245 de la Ley de Enjuiciamiento militar de la misma Marina, remite las cuestiones civiles contra terceras personas a los Tribunales del fuero común. (S. 20 Diciembre 1.910)".

En el mismo sentido, la Audiencia de Burgos en sentencia de 2 de Abril de 1.960, establece:

..."Ha de entenderse que el abordaje no fue imputable a ambos buques, sino exclusivamente al M., criterio este también sustentado por el Consejo de Guerra que absolvió el predicho Oficial y en el cual formaron parte especialistas y técnicos en navegación y Derecho Marítimo, como son Oficiales del Cuerpo General de la Armada y Jurídicos de la misma, que operaron con la misma clase de elemento que esta jurisdicción ordinaria, en la que se han reproducido simplemente aquellas actuaciones y probanzas con el sólo aditamento de ciertos informes periciales, que aparte de no vincularse el juzgador, ni ser unánimes, artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Sala entiende que los mismos, los peritos, han traspasado los limites de su propia función de acuerdo con el artículo 610 de la misma Ley en cuanto que tales colaboradores del

proceso han valorado conducta e interpretado normas legales, función más propia del Organó jurisdiccional que no de estos técnicos en la materia; por lo que hay que concluir en el sentido de entender inaplicable al caso el artículo 827 del Código de Comercio, en el sentido postulado por don J.G. y revocar la sentencia apelada en cuanto absuelve al demandado".

..."Considerando que el fallo del Consejo de Guerra en que se condena a don F.M.P., Patrón del M., como responsable penal de un delito de abordaje por negligencia en la mar y a las responsabilidades civiles derivadas de aquel hecho punible, no contiene pronunciamiento alguno en que declare la responsabilidad civil subsidiaria del naviero de dicho buque, debido a que el régimen de la jurisdicción especial de Guerra no prevé esta especie de responsabilidades, salvo con respecto a los responsables penales en grado de autoría, complicidad o encubrimiento por el orden citado (arts. 205 y 206 del Código de Justicia Militar) y por excepción con relación al Estado en supuestos especiales, atribuyendo el conocimiento de este punto concreto a la jurisdicción ordinaria. Con ello se elimina la posibilidad vinculatoria del referido fallo penal, que aún siendo condenatorio excluye de su eficacia prejudicial a los sujetos no afectados en las declaraciones de su fallo, es decir, el naviero demandado, por lo que debe concluirse en el sentido que la responsabilidad de don J.G.I. por el hecho del abordaje del que traen causa las presentes actuaciones, es la que recoge y contempla el artículo 826 del Código de Comercio y calificarla como de mercantil y directa frente al naviero del buque perjudicado, criterio este sustentado por reiterada jurisprudencia del nuestro más alto Tribunal por sentencias de 20 de diciembre de 1.910, 22 de diciembre de 1.910, 15 de octubre de 1953 y 2 de febrero de 1.960.

..."El valor del buque abordante en la época del accidente era de 1.375.000 pesetas, y de la documental aportada que el flete del viaje ascendía a la cantidad de 60.411,80 pesetas, por lo que se deduce que el demandado debe de indemnizar a la actora de la cifra de 1.435.411,80 pesetas, que era cabalmente la fortuna del naviero demandado el día 6 de Diciembre de 1.951; y sin que quepa deducir de esta cifra el importe de la avería habida en el M. a consecuencia del abordaje, ni los gastos del flete, ya que la Ley en el precitado artículo 837 del Código de Comercio no hace ningún género de distinguos ni salvedades, y es principio jurídico el de no distinguir donde ésta no lo hace, aparte que cualquiera otra interpretación conduciría al absurdo, pues en el supuesto de que el buque responsable a consecuencia del siniestro se hundiera y perdiese en absoluto, se harían ilusorios los derechos del naviero abordado para obtener la indemnización que el artículo 826 señala. De otro lado, aceptando en su integridad los razonamientos de la sentencia apelada, en su segundo considerando, se impone no deducir los derechos de la actora al porcentaje de su participación real en el seguro que asu-

mió".

Asimismo, la del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 5, de los de Bilbao, viene a puntualizar claramente que en la apreciación de los hechos, en los que se barajen los mismos elementos de prueba no cabe una valoración o interpretación distinta de la ya efectuada para evitar una dualidad entre las dos jurisdicciones o discrepancia en las sentencias, y como el Tribunal de Marina señala la imputabilidad y culpabilidad de uno de los Capitanes, ha de entenderse que el abordaje no fué imputable a ambos buques, sino exclusivamente al del aludido Capitán culpable.

Abordaje "Aurora".- Puerto de Pajares.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.- El número 5 de los de Bilbao:

..."Considerando que el Consejo Supremo de Justicia Militar, en la resolución que dictó en 28 de enero de 1.959, condenó como único responsable del abordaje al Capitán del buque "Aurora", y en sus Considerandos se dice "que es obligado descartar una posible culpabilidad coadyuvante del Capitán del "Puerto de Pajares", que no encuentra en la causa serios indicios en que apoyarse, ni es de presumir que en actuaciones posteriores pudieran perfilarse: el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de febrero de 1.960, ha declarado que: "cuando la sentencia del Tribunal de lo Criminal es condenatoria o declarativa de hechos que, por sus méritos, sea preciso estimar irrefutables, las declaraciones del Tribunal constituyen cosa juzgada para el de lo Civil", que es tanto como decir que en la apreciación de los hechos, en los que se barajan los mismos elementos de prueba, no cabe una valoración o interpretación distinta de la ya efectuada para evitar una dualidad entre las dos jurisdicciones o discrepancia en las sentencias, y como aquel Tribunal señaló la imputabilidad y culpabilidad de uno de los Capitanes, de aquel que haya que entenderse que el abordaje no fué imputable a ambos buques, sino exclusivamente al "Aurora".

Considerando que aunque vinculatoria en cuanto a la apreciación de los hechos la sentencia de lo penal, no lo puede ser, en el aspecto de cosa juzgada en cuanto a las exigencias de respon-

sabilidad del naviero demandado, porque para que la cosa juzgada de que trata el artículo 1.252 del Código Civil pudiera darse en uno y otro caso, debería concurrir, como nos dice este artículo, y ha confirmado el Tribunal Supremo, en copiosa doctrina jurisprudencial, una identidad absoluta en las personas de los litigantes en las cosas y en las causas de pedir y en procedimiento que se siguió ante la jurisdicción militar, no fue parte el naviero demandado, ni pudo serlo, porque le vedaba su intervención el artículo 811 del Código de Justicia Militar, por ello la responsabilidad exigible al naviero no es la responsabilidad subsidiaria del dueño o encargado por los actos lesivos efectuados por sus dependientes o subordinados que trae su causa de obligatoriedad de lo dispuesto en esta materia por el artículo 2º de la Ley Penal de la Marina Mercante, en relación con el artículo 22 del Código Penal ordinario, sino una responsabilidad directa y mercantil nacida de lo preceptuado por el artículo 826 del Código de Comercio; así lo tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, en sentencias 10 y 20 de 12 de enero de 1.910 y 15 de octubre de 1.953, y esta discriminación en cuanto a la causa de exigibilidad de la prestación debida, tiene una indiscutida trascendencia en orden a la magnitud de la indemnización".

Sentencia de la Audiencia Territorial. -

..."Considerando que reiterada jurisprudencia viene sosteniendo que un mismo hecho declarado exento de responsabilidad por la jurisdicción penal, puede, a instancia de parte, pasar a la civil para determinar las responsabilidades de este orden derivadas, por las disposiciones de Derecho privado, para el autor del hecho o terceras personas, sin que pueda prejuzgar, en caso de absolución, la sentencia penal si el hecho fallado tiene valoraciones en derecho cuya calificación y efectos son de apreciar por Tribunal de otro orden, ello en cuanto a la exención de responsabilidad declarada por el fallo del Consejo de Guerra en cuanto al Capitán del "Puerto de Pajares", lo que hace necesario volver a examinar la conducta del mismo en el día de autos, en que tuvo lugar el abordaje".

..."Considerando que la responsabilidad exigible al naviero como consecuencia de abordaje atribuido única y exclusivamente a su Capitán, no viene determinada por preceptos penales no susceptibles de aplicar en esta jurisdicción civil, sino, conforme a reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, es una responsabilidad de carácter directo y naturaleza mercantil, derivada del princi-

pio general contenido en el artículo 586, párrafo primero, del Código de Comercio, en virtud del cual el naviero es responsable civil de los actos ilícitos del Capitán, y para esta materia concretada su aplicación en el artículo 826 del mismo Código, por lo que el naviero del buque abordado debe indemnizar los daños y perjuicios ocurridos".

Resumen de todos los criterios aludidos es la muy importante de 17 de Abril de 1.964, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente D. Tomás Ogayar y Ayllón.

En ella se establece la siguiente doctrina:

a). Como el naviero es el representante de la propiedad del buque y Director de la Empresa marítima, y como tal responsable de los actos realizados por el personal a sus órdenes, recae sobre él la responsabilidad civil, no con carácter subsidiario, sino principal, por descansar sobre los principios civiles de la culpa aquiliana.

b) La obligación de indemnizar por el naviero del buque abordador es de carácter mercantil siempre y directa frente al naviero del buque perjudicado, aunque el abordaje haya sido declarado delito y, por tanto, aplicable la limitación de responsabilidad ad valorem.

c) El valor de la nave causante del abordaje, al que queda limitada la responsabilidad del propietario del buque abordador, debe ser el valor del buque en el instante en que se produce el accidente, no el posterior.

..."En la madrugada del 6 de Diciembre de 1.951 se produjo el abordaje entre los buques "Rio Miera y Morgador", naufragando el primero como consecuencia de la colisión. La Ju-

jurisdicción Militar de Marina conoció, como es de rigor, del asunto, absolviendo al Patrón del buque naufragado y condenando al oficial del "Mogador", que resultó insolvente, por lo que no pudo hacer frente a su responsabilidad económica.

La compañía de seguros "E", sobrogada en los derechos del propietario del buque inocente "Rio Miera", en virtud de la indemnización abonada, demandó al propietario del otro buque ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Bilbao, en juicio ordinario de mayor cuantía, reclamando la cantidad de 3.350.000 pesetas, intereses y costas".

... Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia. - El Juez de primera instancia dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, se declara el abordaje imputable a ambos por culpa del patrón del buque "Mogador" y del primer oficial del "Rio Miera", debiendo soportar cada buque sus propios daños.

... Sentencia de la Audiencia. - Por la Audiencia Territorial de Burgos se revocó la sentencia de instancia, condenando al demandado a satisfacer a la actora la cantidad de 1.435.411,80 pesetas, sin hacer expresa condena en costas.

... Sentencia del Tribunal Supremo. - Tanto la actora como el demandado condenado, formalizaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La Compañía aseguradora demandante, en dos motivos en los que se mantenía, sin síntesis, que por tratarse de responsabilidad civil subsidiaria de la criminal declarada por la Jurisdicción de Marina, no cabía la aplicación de la limitación de responsabilidad establecida en el artículo 837 del Código de Comercio. Por parte, el propietario del buque "Mogador" pretendía en su recurso, a través de sus dos primeros motivos, que se declarara la culpa del piloto del buque hundido, y en el tercero, con carácter subsidiario, que su responsabilidad quedara limitada precisamente al valor del buque después del accidente.

El Tribunal Supremo desestima ambos recursos en sentencia de fecha 17 de abril de 1.964 (R.1.953), de la que es ponente el Excmo. Sr. D. Tomás Ogayar y Aullón en base a los siguientes Considerandos:

... Considerando: Que al abordar el buque "Mogador" a "Rio Miera", hundiéndose, el Consejo de Guerra ordinario dictó sentencia condenatoria contra el patrón del primero como autor de un delito de abordaje por negligencia en la mar con muerte de una persona y absolvió al oficial del buque abordado en sentencia posterior, siendo insolvente el único culpable del abordaje, se reclama del propietario o naviero del que abordó la cantidad que la Compañía aseguradora abonó al dueño del buque hundido asegurado como consecuen-



cia del contrato de seguro y en concepto de los daños sufridos.

...Considerando: Como el naviero es el representante de la propiedad del buque y Director de la Empresa marítima, y como tal responsable de los actos realizados por el personal a sus ordenes, recae sobre él la responsabilidad civil, no con caracter subsidiario, sino principal, por descansar sobre los principios civiles de la culpa aquiliana, como lo revela la armonía que existe entre el artículo 826 del C. Com. y los 1.902 y 1.903, párrafo 4º del civil pues aunque el hecho del abordaje y la culpa, negligencia o imprudencia que lo haya ocasionado, queden sometidos a la investigación y procedimiento de la jurisdicción de Marina y el fallo de sus Tribunales si reviste caracteres delictivos, ello no desnaturaliza la obligación del naviero de indemnizar, ni se subordina, en caso de condena, a la responsabilidad civil por razón del delito, la que sólo afecta a los sentenciados y sus bienes, según el número 4º del artículo 11 de la Ley orgánica de Tribunales de Marina, recogido casi literalmente en el artículo 38 del vigente Código de Justicia Militar, ni tampoco está sometida a las disposiciones del Código Penal común sobre la responsabilidad subsidiaria, porque el artículo 245 de la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, recogido en el 711 del vigente Código de Justicia Militar, remite las cuestiones civiles contra terceras personas a la Jurisdicción Ordinaria, y el 811 del propio Código, si bien faculta al naviero para dirigir escritos al Juzgado Instructor de Marina, especifica que ello no implica ejercicio de acción privada ni que se le pueda tener como parte en el procedimiento, y como, además, tal responsabilidad subsidiaria sólo se regula en dicha jurisdicción especial para los responsables penales en grado de autoría, complicidad o encubrimiento, es claro que la obligación de indemnizar por el naviero d buque abordador es de caracter mercantil siempre y directa frente al naviero del buque perjudicado, cual tiene declarado esta Sala en sentencias de 20 y 22 de diciembre de 1.910 y 20 de diciembre de 1930 (Rep. 1.367), entre otras.

...Considerando: Que el artículo 826 del C. de Com. es siempre aplicable en caso de abordaje, aunque sea delictivo, con lo que parece el motivo primero.

...Considerando: Que la declaración de la sentencia del Consejo de guerra en la obligada causa formada por abordaje, de que no hubo culpa en la oficialidad del buque abordado, fué sólo para los efectos de resolver que no existió delito, única cosa para la que tenía competencia el Tribunal que la dictó, por lo que es posible valorar la conducta del piloto del buque abordado para los efectos de culpa civil, es lo cierto que consistiendo la culpa en el abordaje

en haberse omitido las prevenciones reglamentarias en materia de navegación, y declarándose en la sentencia combatida que el buque abordado las observó todas, no hay posibilidad de apreciar culpa denunciada.

...Considerando: Que el naviero, representante legal de la propiedad del buque, responde, al igual que todo patrono o principal, de los actos de sus dependientes o subordinados, y, por tanto, de los realizados por el Capitán, responsabilidad que es en principio personal e ilimitada, pero puede circunscribirse al patrimonio marítimo constituido por el buque con sus accesorios y productos, mediante la facultad de abandono, la que no se admite en abordaje, pero como este se produce sin el control del propietario o naviero, se consideró equitativa una limitación a la responsabilidad contraída por los actos del Capitán, recogida en el artículo 837 del C. de C., el que preceptúa que "la responsabilidad civil que contraen los navieros en los casos de abordaje se entiende limitada al valor de la nave con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje", planteándose en el motivo tercero cuál debe ser el momento de apreciación de su valor, lo que soluciona el recurrente estimando que dicho valor del buque debe fijarse después del abordaje y en el estado que se encuentre al llegar a puerto, solución que no puede compartir esta Sala, por las razones siguientes:

...1º El precepto, al no aclarar si el valor del buque ha de ser el de antes o posterior al siniestro, ha de interpretarse en el sentido más adecuado para el logro del propósito del legislador.

...2º Si, como es frecuente en el abordaje, el buque culpable sufre daños, al valorarse aquel después de producidos estos, el naviero del mismo se beneficia con una reducción en la cantidad a indemnizar.

...3º Al decir el artículo 837 "valor de la nave", es claro que se refiere, no al buque en sí mismo, sino a su estimación económica, la que debe fijarse en el momento en que nace la responsabilidad del naviero, que es el instante en que se produce el hecho que la origina:

...4º Ha de fijarse en el que tenía inmediatamente antes del siniestro, para que sea eficaz la reparación de los daños.

Como en otro lugar apuntábamos, todas las sentencias confluyen en la determinación objetiva de la responsabilidad del naviero con caracter directo y principal, responsabilidad que descansa en los principios civiles de la culpa aquiliana, que viene a surgir de la armonía entre el art. 826 del C. de C. y los 1.902 y 1.903, del Código Civil.

La obligación del naviero de indemnizar no se subordina a la responsabilidad civil por razón del delito, que sólo afecta a los sentenciados y sus bienes, según el nº 4 del art. 11 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Marina, paralelo al art. 38 del vigente Código de Justicia Militar, ni tampoco está sometida a las disposiciones penales comunes sobre responsabilidad subsidiaria por el art. 711 del Código Castrense.

Han quedado planteados los problemas que, en relación al alcance de los dos procedimientos que se siguen en todo abordaje, sus limitaciones y consecuencias, se plantean, cuestiones todas ellas ya estudiadas en otros lugares del presente trabajo.

Hemos de decir que la armonización legislativa se hace necesaria. La presencia del naviero como parte por una vía que podría abrirse con la ampliación de la mera facultad de personación a efectos probatorios del art. 811 del Código de Justicia Militar, contribuiría siempre a una determinación mas clara de los elementos de juicio y lo incluiría en un proceso en el que, como hemos visto, siempre se ve afectado. Si ello provocaría o no que se le considerara responsable civil subsidiario no lo planteamos. Creemos que no, en principio, dado que la reforma dejaría inamovible el art. 711. Pero lo importante, facilitar una más completa instrucción, se habría conseguido.

De otro lado una jurisprudencia que interprete la aplicabilidad al abordaje de las normas de imprudencia delito y falta (art. 565, 586, 3º y 600 del Código Penal) se precisa a todas luces. La visión restrictiva del delito culposo a la luz de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante es insuficiente. Nos parecen correctas incluso y quizás sobre todo por razones político criminales las sentencias absolutorias innumerables de gran cantidad de Consejos de Guerra, que parten del entendido de que la ley especial es la única aplicable y que si no hay grave negligencia o imprudencia en el responsable del accidente, no hay nada. Aún en esta respetable opinión interpretativa, la propia instrucción técnica, la información pericial y el contenido de la sentencia, llevarán al Juez civil auténticas presunciones de culpabilidad del buque responsable.

En estos puntos, además de en la agilización de procedimientos, encuadra la mayor armonización judicial, en momentos en que las especulaciones sobre la unidad jurisdiccional y la desaparición de la especialidad por razón del lugar de los hechos, tan sujeta a opiniones contradictorias, ofrecen otra perspectiva: la armonización por fusión o la desaparición de una de las actualmente competentes. Por razones históricas, técnicas y de propia dogmática penal, hemos opinado en contra, en el caso concreto de los accidentes marítimos, de esta unidad jurisdiccional. El problema está planteado también con múltiples soluciones en el Derecho Comparado. (10)

---

(10) En Francia se procura coordinar la autoridad de lo juzgado por los Tribunales marítimos con la absoluta libertad de los Tribunales de comercio, que son los competentes para dirimir las responsabilidades civiles.

En Belgica no se admite, en lo civil, la autoridad de lo Juzgado por los Tribunales marítimos represivos, por lo que aquellos estudian de nuevo el caso con amplitud y prescindiendo de la sentencia penal.

En Alemania Se admite la condena del Capitán por la jurisdicción civil, aunque haya sido absuelto por la jurisdicción represiva, distinguiendo la penal y la disciplinaria, sin que la absolución por esta última tenga valor de cosa juzgada a los efectos de la responsabilidad civil.

Italia tiene parecida regulación.

En Estados Unidos hay un procedimiento previo, en el que, con intervención de las partes y de sus Abogados se examinan todos los documentos pertinentes que aduzcan el contrario y se interrogan bajo juramento a los testigos que pudieran no estar disponible en el momento de la vista realmente oficial, sirviendo, en realidad, para informar a los litigantes a fin de, con todos los datos a su disposición, puedan resolver sus diferencias sin darles estado jurídico.

Finlandia. - Si un barco finlandés ha sido parte en una colisión, el Capitán tiene que remitir el accidente a los Tribunales en el primer puerto a que arribe después de la colisión y dar una explicación detallada de lo sucedido a presencia del Fiscal y de un representante del Ministerio de Barcos. Los procedimientos en conexión con esta "acta de protesta" son esencialmente investigadores y desconectados de las reclamaciones de orden civil para decidir sobre los daños, que se ventilan en litigio separado, sin que le vinculen los pronunciamientos del Tribunal criminal.

Suecia. - En caso de abordaje se efectúa una investigación de tipo marítimo, y si el Fiscal considera que ha existido conducta delictiva, inicia una acción penal ante la jurisdicción ordinaria para decidir sobre el delito exclusivamente, pero no se debate el problema de en qué grado este delito ha contribuido al abordaje. Por ello, la sentencia criminal no vincula al Tribunal civil, en el supuesto de que sean distintos, pues el mismo Tribunal puede examinar en primera instancia el aspecto criminal y el problema de la responsabilidad legal del propietario.

Inglaterra. - En el proceso inglés las jurisdicciones criminal y civil se hallan completamente separadas, no se ejercitan

ante los mismos Tribunales, y no son interdependientes.

Los actos delictivos, criminales en el mar, son examinados por los Tribunales ordinarios de lo criminal, de la misma manera que el resto de los otros delitos, y su decisión no vincula al Tribunal de lo civil.

Los casos de colisión los juzga el Tribunal del Almirantazgo, el que determina la responsabilidad y el grado o grados de culpa del barco o barcos en cuestión. Después se renute a un Oficial del Tribunal, conocido como Archivero del Almirantazgo, para tasar los daños, con apelación ante el Almirantazgo, luego ante el Tribunal de Apelación y finalmente ante la Cámara de los Lores.

Noruega. - Es competente el Tribunal civil, el que examina todos los aspectos civiles del abordaje, tanto la cuestión de culpa o división de culpabilidades como la de responsabilidad sea principal o subsidiaria.

Puede suceder que la culpa en el abordaje se examine a la vez ante un Tribunal criminal y otro civil, pues el Fiscal puede dirigir una acción contra el Capitán con el propósito de que sea castigado por haber cometido una falta probada en la navegación, pero, con independencia de esto, puede un Tribunal civil tener que decidir en la cuestión de la responsabilidad por abordaje, sin estar ligado a los pronunciamientos del Tribunal criminal, ni este a los de aquel, porque ambos examinan cuestiones distintas.

Israel. - Los Tribunales competentes para conocer de un abordaje son los civiles ordinarios o el del Almirantazgo, ya que ambos tienen jurisdicción común.

Si se diera lugar a un procedimiento criminal, este tiene conexión directa con los procesos civiles.

Grecia. - En caso de colisión, las autoridades del puerto a que el barco arribe hace una investigación sumarial sobre las circunstancias en que el accidente tuvo lugar. Los autos son sometidos al llamado Comité de Investigación de Accidentes Marítimos, a través del Ministerio de la Marina Mercante, el que se pronuncia sobre las responsabilidades en decisión que se somete al Consejo de Investigación de Accidentes Marítimos, y su acuerdo vincula a todos, pues ante los Tribu-

nales civiles solo se puede someter el accidente con vistas a tasar la cuantía de la indemnización o a reclamar el pago, dado que están sujetos a lo que se haya decidido acerca del problema de la responsabilidad.

Para los casos de abordaje no existe esta vinculación, pues los pronunciamientos del Comité y del Consejo de Investigación pueden ser rebatidos por otra prueba en contrario, según el Tribunal puede decidir.

República Argentina. - Producido un abordaje, se instruye un expediente por la Prefectura Nacional Marítima en averiguación de lo sucedido, el que determina con una resolución de carácter administrativo, generalmente consistente en una sanción de multa.

Si de las actuaciones se infiere la posible existencia de un delito, interniene la jurisdicción criminal.

Para obtener indemnización de daños y perjuicios, es necesario promover una acción ante el Juzgado Federal de la que es independiente de las actuaciones penales y administrativas.

-----

XV

CONCLUSIONES



XV

CONCLUSIONES

I

Sobre el concepto de abordaje, se han considerado como problemas esenciales los que surgen de la dificultad de determinación de la idea de buque; la trascendencia que deba o no darse al lugar de la colisión; la necesidad de acoplar dos vertientes, técnica y jurídica y el decidir si debe o no acudirse a criterios subjetivos previos con el riesgo de plantear en la definición del accidente problemas de responsabilidad.

En relación a dichas cuestiones, se estima que existe abordaje:

-) Al darse un supuesto de colisión entre buques, con el grado de violencia suficiente para producir un resultado dañoso.

-) El hecho ha de acaecer en aguas marítimas o -aún interiores- dependientes del mar o de la navegación marítima.

-El término buque debe ser interpretado en sentido amplio con los requisitos de flotabilidad y navegabilidad.

-) No es precisa la consideración de los elementos personales, al menos en el ámbito técnico y jurídico en abstracto.

*Como* Con tales premisas, se adopta ~~como definición, la si-~~  
guiente: "Colisión entre dos o más buques, que ostenten condi-

*Define el abordaje*

ciones de flotabilidad y navegabilidad, acaecida en aguas marítimas o interiores, a consecuencia de la cual se produzca un resultado dañoso".

## II

Los diferentes tipos de abordaje, tratados en el epígrafe dedicado a 'Clasificaciones', llevan consigo una serie de consideraciones que pasamos a resumir en lo posible.

En las formas genéricas -fortuito, dudoso, culpable bilateral y culpable unilateral- se configura el fortuito como aquel en que concurre imprevisibilidad o inevitabilidad del evento causal; el dudoso, que surge en el supuesto en que no puede escrutarse la causa de la colisión ni atribuirse esta a ninguno de los buques; culpable bilateral, equiparado en nuestro C. de C. al dudoso, sin que exista el loable criterio del Convenio de Bruselas de 1910 en orden a posibilitar la graduación y consiguiente responsabilidad proporcionada a la culpa de cada buque; y culpable unilateral, imputable a uno de los partícipes. El estudio de la responsabilidad se verifica a lo largo del trabajo.

Específicamente se tratan los tipos de abordaje, en base a las circunstancias concurrentes:

- En aguas jurisdiccionales:

Se entiende determinada la competencia de la Autoridad Jurisdiccional de cada Zona Marítima, en abordajes que tengan lugar en aguas de su jurisdicción, entre buques españoles o entre españoles y extranjeros, con las particularidades y excepciones de los

arts. 6, 9 y 37 del Código de Justicia Militar (CJM). El Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952 sobre competencia penal, reconoce este criterio para puertos, radas y aguas interiores (a.4). En lo civil es decisiva la elección del demandante, pero se tiene en cuenta el lugar en los mismos supuestos.

- En aguas libres:

Rige la ley del pabellón. El Estado representado será el competente para juzgar a sus tripulaciones, a salvo siempre, en Derecho español, el criterio de aguas territoriales; y la aplicabilidad plena del Convenio en el ámbito civil.

- En puerto, canales, rios y aguas interiores:

Ofrecen especialidades en el Reglamento de Abordajes (arts. 11, 15, 18 y 25). El fluvial ha sido objeto de atención también en la Convención de Ginebra de 19-12-1930. En nuestro ordenamiento no suscitan problemas en lo adjetivo, estando equiparados los efectos en lo sustantivo, salvo los casos de buque fondeado debidamente que colisione con los abarloados por fuerza mayor, que comporta avería simple del abordado y el supuesto de práctico a bordo, que se trata de forma autónoma.

-) Múltiples, sucesivos, indirectos y en tren de remolque:

En los tres primeros supuestos rige el criterio de precisarse bien la equiparación en la responsabilidad, bien la inculpación única al causante, sin que se haya adoptado el de proporcionalidad y graduación del Convenio de Bruselas de 1910. El art.

831 del C. de C. hace responsable -abordaje indirecto- al naviero del buque que causa la colisión de otros dos, con expresa reserva de acciones contra su Capitán.

En el remolque, se distingue entre remolque-transporte, en que surge una obligación de custodia por parte del remolcador y remolque-maniobra, sin dicha obligación. En ambos se reconoce la carga de la prueba a perjudicado, remolcador y remolcado a efectos de determinar a quien es imputable la maniobra que ha dado lugar a la colisión. Deben aplicarse todas las reglas comunes, sin que veamos inconveniente en que pueda utilizarse a efectos de abordaje el criterio de unidad del tren de remolque, con la dirección náutica centralizada en el remolcador. Precisa es una solución terminante como la del Código italiano, que establece una presunción de solidaridad entre remolcador y remolcado, reservando sus derechos de probar la culpabilidad independiente de cualquiera de ellos.

-) Por las personas a quien puede ser atribuido:

Penal y civilmente, los preceptos a interpretar, serán respectivamente los arts. 59 y 60 de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (LPDMM) y los arts. 586, 609 al 625, 826, 831, 834, 841, 843 y 844 del C. de C. esencialmente, en lo que se refiere al Capitán. No se excluye la responsabilidad penal en el abordadaje doloso de cualquier miembro de la dotación. Lo que ocurre es que la centralización del mando y la unidad jerárquica hacen que el Capitán pueda en tal caso no quedar exento por esa primaria inculpación. En el ámbito civil, la responsabilidad objetiva del naviero -art. 826- no excluye ni la civil derivada de la penal, ni la acción del naviero sobre el Capitán.

Caso particular es el de existencia de práctico a bordo, cuya presencia, contra el criterio del art. 612, no exime al Capitán, conforme al tenor del art. 834, justificado en que la colisión se verifica con objeto visible, lo que deja a un lado las "competencias" del práctico, basadas en los riesgos ocultos de los puertos, barras, etc. El análisis del Reglamento de Prácticaje de 4-7-1958 prueba la función asesora y no de mando del práctico, haciendo reserva de derechos al titular del buque o a terceros contra el práctico, por daños o perjuicios en el ejercicio de sus funciones (art. 9 del Rto.), pero sin que ello suponga alteración de los principios del art. 834. El problema ha sido objeto de extenso análisis.

-) Por vicio propio del buque:

Utilizando la distinción entre uso y desgaste de material, vicio descubrible y defecto latente; de este último, si es oculto puede derivar la no inculpación en el accidente, si se prueba la debida diligencia del naviero en la habilitación y avituallamiento y del Capitán en la vigilancia sobre conservación y mantenimiento; siempre que exista relación de causalidad entre el vicio y la colisión. El enfoque se desarrolla doctrinal y jurisprudencialmente, considerando en Derecho español los arts. 612, 614, 618, 620, 632, 676, etc. del C. de C; la Ley de 22-12-1949 y modelos usuales de pólizas de cascos.

-) Por fuerza mayor.- Esfera penal y otras tipicidades:

En la catalogación del abordaje debido a vis maior deben concurrir los requisitos de imprevisibilidad, inevitabilidad o excepcionalidad. Se deducen todos ellos de los criterios jurisprudencia-

denciales internacionales y en Derecho español de la doctrina legal sobre los arts. 614, 620, 640 a 642 y 697 del C. de C., junto a los correspondientes del Código Civil.

Asimismo se pasa revista a los conceptos de abordaje doloso y culposo, con conclusiones que estudiaremos en el siguiente apartado.

Otros puntos aludidos, en los que no nos detendremos en este lugar son los surgidos en torno a la "navegación en conserva", intervención de buques de guerra, publicos y extranjeros y, en general, la problemática de la violación o aplicación indebida de las normas de la Reglamentación internacional para evitar abordajes en la mar.

### III

La esfera penal es estudiada partiendo de los caracteres del delito de abordaje. En lo referente a la acción antijurídica las peculiaridades que esta ofrece son la profesionalidad del autor y la dificultad de determinar la relación de causalidad. La primera predetermina una especial diligencia en el desarrollo de la función, lo que comporta la exigibilidad de un obrar técnico, consciente, que hará precisa una apreciación pericial previa de cada conducta causal de colisión. La segunda característica deriva de la dificultad en determinar la maniobra realmente efectuada o la omisión decisiva, determinantes del efecto. La antijuridicidad debe ser observada en el abordaje desde el ángulo del bien jurídico alterado, que tiene dos vertientes: la afectación a uno o varios patrimonios y el que pueda considerarse existente un estado peligroso susceptible de aplicar medida de seguridad para que el técnico náutico imperito no ejerza su función.

Todo ello hace que se extiendan los tipos en cuatro formas, doloso y culposo en la mar y en puerto, aislados estos últimos por la peculiar navegación y maniobra a que obliga el lugar. Asimismo se justifican las dos formas de punibilidad en la LPDMM, el amplio margen que se otorga al arbitrio judicial por la vía de la extensión de las penas y la especial naturaleza de la pena de inhabilitación para mandos de buques, temporal o permanente.

Pocas consideraciones pueden realizarse sobre el abordaje doloso que no suele presentarse nunca en la práctica, particularmente en un tiempo en que las legislaciones hacen soportar a cada buque sus propios daños, por lo que la normal intención del autor -lucrativa en perjuicio del abordado o de los aseguradores- no encuentra real existencia, tanto más si se piensa que en muchos casos se entraría en otros tipos más afines y acordes de la propia LPDMM: los de baratería y fraudes del capítulo VI de la Ley. En cualquier caso, el dolo precisará intencionalidad y voluntad, con conocimiento de los hechos relativos a la acción y su significado. Se considera asimismo que los arts. 59 y 60 (primeros párrafos) de la LPDMM, piensan exclusivamente en el supuesto de dolo directo dirigido al resultado de abordaje, independientemente de las consecuencias sobrevenidas. En este delito no puede darse el dolo eventual, absorbido por las formas culposas, que exigen gravedad en la negligencia o en la imprudencia. Extensamente ha sido objeto de estudio el abordaje culposo, que es el que en la práctica tiene lugar. Se parte de dos premisas previas: la necesidad de acuñar una idea específica de imprudencia en el abordaje, deslindada de la delimitación del art. 565 del Código Penal (CP), que sólo se utilizaría a efectos interpretativos y, en consecuencia, la existencia del delito

de abordaje culposo, con sus características peculiares, que obligaría a acudir a analizar aisladamente cada imprudencia causal.

La LPDMM, repetimos, exige para tipificar el abordaje culposo, grave negligencia o imprudencia asimismo grave. La primera consecuencia de ello es la dificultad de calibrar la gravedad aludida, que el precepto emplea solo para calificar la negligencia (textualmente dice "negligencia grave o imprudencia") pero que la doctrina y la jurisprudencia han extendido a la imprudencia. En relación a la delimitación de esta "gravedad", surge el problema de considerar si la simple negligencia o imprudencia y aún la con infracción de reglamentos, cuando no llegue a ese exigido grado de gravedad, deben quedar impunes o, por el contrario, han de ser calificadas por las vías genericas del crimen culpae del art. 565 o de las faltas de los arts. 566, nº 3º y 600; todos ellos del CP.

Sobre estos puntos se considera:

-) La LPDMM, al hablar de imprudencia, aún sin calificarla, está pensando en la imprudencia grave, sea temeraria o con infracción de reglamentos.

-) La simple imprudencia, con infracción de reglamentos puede incluirse, desde un punto de vista extensivo, en los arts. 59 y 60 de la Ley especial, pero parece más riguroso, dogmáticamente, considerarla como constitutiva de un delito de imprudencia -no de abordaje- de los del art. 565 del Código Penal.

-) La aplicabilidad del art. 565, párrafo 5º, referente al supuesto en que el mal causado fuera de extrema gravedad, cae fuera de toda duda por el tenor del art. 1º de la LPDMM.



-) Es equiparable a la negligencia o imprudencia, así la impericia como el error náutico, a efectos de calificación del delito de abordaje culposos.

-) Es criterio prácticamente general en nuestros tribunales condenar solo cuando quede patente la gravedad en la negligencia o imprudencia, sin que sea tenida en cuenta la "simple, no grave" y la "leve". Entendemos que el art. 565, y, por supuesto, los arts. 586, 3º y 600 son susceptibles de aplicación en todo caso. Justificamos el criterio casi general de la Jurisdicción de Marina por consideraciones político criminales, sin que estimemos adecuada en este punto la idea de derogación tácita que parece sustentar la Memoria de la Fiscalía de la Zona Marítima del Cantábrico de 1968, ni tampoco la posible profesionalidad exclusionista de la ley especial.

-) Todo ello hace que sea urgente la reforma de la ley especial o la terminante interpretación jurisprudencial de sus criterios.

#### IV

Aún reconociendo que el C. de C. vigente parece pensar no en el naviero no propietario como titular que haga desaparecer al propietario del entorno que rodea a la explotación del buque, sino en un naviero-gestor que ha sido llamado por el propietario para que le sirva de apoderado o representante; nosotros partiremos de la noción de naviero como empresario de la navegación, a efectos mercantiles, sin olvidar que nuestro trabajo se centra en el Derecho español, cuyas bases legales utilizaremos, aún cuando puedan encontrar se lejos de un correcto encuadramiento doctrinal.

En este plano, vienen a contrastarse, en el enfoque de

la responsabilidad en el abordaje, centrada en naviero y Capitán, el dualismo de los arts. 618 y 826 del C. de C.. Los terceros carecen de acción frente al Capitán. Han de dirigirse contra el Naviero y es este quien unicamente tendrá acción de repetición para con aquel. Se ha realizado una exposición histórica y doctrinal en relación a estos preceptos en este estudio, examinandose asimismo la jurisprudencia existente. Las primarias conclusiones son estas:

-) El naviero responde personal y directamente en la vía civil de los daños y perjuicios causados a consecuencia de abordaje debido a culpa, negligencia o imprudencia del Capitán u otro miembro de la dotación del buque.

-) Tal responsabilidad tiene caracter mercantil y es independiente de la que, por el mismo hecho del abordaje, pueda recaer por fallo de los tribunales de la Jurisdicción de Marina, cuando el hecho haya revestido caracteres de delito.

-) La sentencia penal vincula al Juez civil en el ámbito que determina, o sea en el de la culpabilidad criminal.

Ha surgido ya el planteamiento de los problemas que plantea la doble jurisdicción, que son aludidos en diversos puntos de la tesis. Sin perjuicio de insistir en un ulterior punto sobre los aspectos adjetivos, apuntaremos aquí las cuestiones y soluciones sugeridas.

## V

En el abordaje existe una doble proyección jurídica, la penal y la civil, cuyo conocimiento está reservado respectivamente a la Jurisdicción de Marina y a la Ordinaria. Estas jurisdicciones

enjuician un mismo hecho, analizando las mismas circunstancias, si bien con diferente finalidad.

La Jurisdicción de Marina dirige el procedimiento a la determinación de la existencia de delito, mediante la prevención y formación de Causa, conforme a la normativa del Código de Justicia Militar, hasta la determinación, en su caso (arts. 808 y sigs. del CJM) de la existencia de indicios racionales de delito, supuesto en el que se decretara el procesamiento del presunto o presuntos responsables del accidente, hasta la celebración de Consejo de Guerra que fallará por sentencia absolutoria o condenatoria de los procesados (Capitanes, miembros de la dotación, práctico, etc.), sentencia esta que será firme por Decreto de la Autoridad Jurisdiccional de la Zona Marítima. Si dicha sentencia es absolutoria, no se pronunciará sobre las responsabilidades civiles, pero si es condenatoria determinará, con arreglo al nº 5º del art. 789 del CJM el alcance de las mismas, cuando sean exigibles.

El armador (el CJM no utiliza el término naviero), los aseguradores, interesados en la carga o cualquier otra persona, que no siendo el procesado tenga intereses en el asunto, podrán -dice el párrafo 2º del art. 811 del CJM- por sí o por medio de sus representantes legales, sin que ello implique el ejercicio de acción privada ni que se les tenga como partes en el procedimiento, dirigir los escritos que estimen pertinentes y proponer la práctica de pruebas, que consideren necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos; pero no son partes en el procedimiento.

Conforme al art. 711 del CJM, la responsabilidad civil que resulte contra terceras personas deberá exigirse ante los tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, lo cual parece predeterminar que no podrán los Consejos de Guerra y por su vía la Autoridad Juris-

diccional militar, declarar la responsabilidad penal subsidiaria del naviero del buque abordador, para el caso de que resulte insolvente el Capitán, patrón o miembro de la dotación, declarado culpable del delito. A pesar de ello, los arts. 812 y 813, del CJM, establecen limitaciones a los derechos del armador del presunto buque culpable. Esta declaración de responsabilidad subsidiaria creemos que podría hacerse "de iure", porque el abordaje es procedimiento especial dentro del Código castrense y, en consecuencia, además de las medidas que autorizan los arts. 812 y 813, sería una aplicación de los arts. 21 y 22 del CP. Sin embargo, consideramos que no procede, no ya por el art. 711, que en verdad está pensando en otro tipo de delitos, sino por las siguientes razones:

-) El naviero no es parte en el procedimiento, y lo que es más característico, no puede ser parte. Únicamente puede aportar pruebas en defensa de sus intereses en el "asunto".

-) Los intereses del armador en el proceso penal son inmediatos, en tanto en cuanto la cosa juzgada penal va a predeterminar la vía de ejecución de responsabilidades civiles, en particular en lo que al daño emergente se refiere.

-) Por ello resulta un tanto improcedente condenar a quien no es parte en el procedimiento, siendo así que sólo podrá realizar alegaciones que podrán ser admitidas o rechazadas, por el Juzgado instructor.

-) De otro lado, la determinación de los daños y perjuicios, si bien se verifica cuidadosamente en la instrucción que se lleva a cabo por el Juez de Marina, a través de determinaciones periciales y evaluación oficial de daños, no está sujeta a contradicción ni a disquisiciones, salvo las que puedan surgir por la vía explicada

del art. 811 del CJM, como sería lógico en todo litigio con intereses patrimoniales contrapuestos.

-) Por todo ello, consideramos que el procedimiento penal tiene una finalidad que excede de las determinaciones patrimoniales. De aquí que partiendo de la posible ulterior versión civil del aspecto patrimonial y su reconstrucción, en ese instante oídas las ya partes a tal objeto, no parece fundamental pronunciarse sobre esa responsabilidad subsidiaria, ni lo consideramos procedente en el marco presente de la normativa vigente.

## VI

En el análisis de la responsabilidad por abordaje fortuito, dudoso y culpable bilateral, nos manifestamos abiertamente en favor de la necesaria adopción, en los dos últimos supuestos, de la normativa del Convenio de Bruselas de 23 de Septiembre de 1910. Las divergencias que sería preciso soslayar son las que derivan del presente cuadro:

| C. de C.   | CONVENIO  |
|--|---|
| -Ausencia de proporcionalidad en la responsabilidad derivada de la graduación de culpas. | + Graduación de culpa y proporcionalidad en la responsabilidad.                                 |
| Cada buque soportará sus propios daños   | -Los daños de ambos buques, integrados, se dividen entre ellos, caso de equivalencia de culpas. |

-De los daños en el "carga"  
de caracter material, respon-  
den ambos solidariamente.

-Esta solidaridad solo se recono-  
ce para los daños personales.

## VII

Se ha pasado revista a los diversos sistemas de limitación de responsabilidad, habiendose detenido en particular en el contraste entre el sistema de limitación general y el existente para el caso de abordaje en nuestro derecho. En este sentido, distinguimos dos criterios: General, y Sistema de abandono; y Especial: Ad valorem, para el supuesto de abordaje. Las razones que pudieran justificar esta diferenciación - que, de otro lado debiera de concluir con la expresa adopción del sistema convencional internacional, integrándolo en nuestro derecho positivo y que es confusa y en cierto modo injusta, serían estas:

-) El hecho de que se produzcan daños y perjuicios para otro buque, quedando afectados intereses patrimoniales totalmente ajenos a la empresa de navegación.

-) El régimen de abandono puede justificarse en relación a acreedores o perjudicados a dicha empresa, no contra los de otro buque.

-) La limitación tiene como fundamento generico asimismo el hecho de que en el accidente no existe control alguno de propietario o naviero.

En todo caso, la concurrencia de los sistemas de abandono y "ad valorem", no tiene auténtico sentido, siendo sólo comprensible si se piensa que surgen de diferente inspiración histórica -sistema latino e inglés- y obedecen a la tradicional confusión de criterios e ideas de nuestro Derecho Marítimo. Hora es ya de que ese irregular legislador que tomó un tanto a ciegas los dos sistemas y que los mantiene vigentes, a pesar de haber adoptado el del Convenio de 1957, eche sobre sus espaldas la ineludible e inaplazable obligación de integrar el sistema internacional en nuestro derecho sustantivo, o pronunciarse de forma terminante y definitiva en estas cuestiones, eje de nuestro Derecho Marítimo.

## VIII

La extensión de las responsabilidades civiles derivadas de abordaje en sus aspectos cualitativos y cuantitativos ha sido objeto de debate en la XXV Conferencia del Comité Marítimo Internacional, celebrada en Atenas el 21 de Abril de 1962. De la misma surgieron tres principios esenciales en la materia:

-) La reparación debe reponer a la víctima en una situación tan exacta como sea posible a aquella en que permanecería si el abordaje no hubiera ocurrido.

-) La víctima debe siempre paliar el daño en la medida de lo posible, así como los perjuicios causados.

-) El culpable del abordaje responde del perjuicio razonablemente imputable a su falta.

La adopción de estas bases elementales y otras complementarias ha sido llevada a cabo irregularmente por los Derechos continentales, sin que, sin embargo, se halla llegado a la unificación que, al decir de cierta doctrina -v. gr. Manca- debería verificarse con la adopción de una regla similar a la "C" de las de York y Amberes.

En nuestra jurisprudencia los puntos esenciales que hemos obtenido contrastando sentencias e incluso laudos arbitrales son, en cuanto al valor del buque abordado y analógicamente de sus daños, que, en principio ese valor será el del precio de compra, si bien lo que deberá tenerse en cuenta es el valor comercial y efectivo que es el total que tenga la nave cuando se declare su pérdida, en su caso, aunque después se repare y salve. En las pérdidas parciales habrá que estar a los conceptos justificados por el armador, que son revisados por el dictamen pericial que emitirá el ingeniero naval inspector de buques, siempre que se ajuste a ponderados límites.

En lo que se refiere a la indemnización de perjuicios, los Tribunales españoles atienden a los recorridos que habitualmente verifica el buque perjudicado; los fletes que hubiera podido percibir en dichos desplazamientos; el lapso de tiempo en que estuviera paralizado y los gastos y deducciones inherentes a la navegación; carga, descarga y estadías. El reemplazamiento de buque para desarrollar la empresa de navegación en lugar del accidentado suele considerarse como facultad otorgable al naviero, si bien este no podrá vincular al titular del buque abordador a que se le proporcione dicha nave de reserva, teniendo en cuenta sobre todo que la calificación jurídica del abordaje y de la culpabilidad en el mismo está pendiente. En el time-charter se incluirán los perjuicios co-



rrespondientes a la inmovilización, teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones que comporta. Por último por lo que respecta al lugar de valoración de daños y perjuicios se indica que debe ser el del puerto de matrícula del buque no culpable.

## IX

En materia de seguro marítimo, el C. de C. está, si cabe, más que en ninguna otra, fondeado sin posibilidades de extracción. En lo referente al abordaje su postura es restrictiva en relación a la extensión del seguro, por referirse únicamente (art. 755) al abordaje fortuito como necesariamente indemnizable y al exigir la inclusión de la baratería del patrón específicamente como objeto del seguro.

En casi todos los países existen pólizas tipo, según las formas de seguro que van evolucionando con el tiempo en diversas modalidades, sin que desgraciadamente se halla llegado a una homogeneización. Las condiciones actuales del comercio marítimo han hecho que casi con caracter general se hallan adoptado las de la Institute time Clauses, de las que las de la mayoría de los países, son meras derivaciones. En España hemos carecido normalmente de estas pólizas tipo y las existentes no satisfacen normalmente los intereses de los asegurados por ser poco generosas, razón por la cual estos han mostrado siempre preferencia por las inglesas, que las compañías nacionales se han visto obligadas tradicionalmente a admitir. El Sindicato Nacional del Seguro (Grupo de Transportes) realizó un proyecto de Póliza Nacional de Cascos, en sustitución de la usada desde 1935, habiéndose llegado a tomar parte de este modelo, sin generalidad, que sepamos. En el seno de este trabajo realizamos una serie de comentarios al mismo. En la

actualidad se están utilizando pólizas con la estructura tradicional y el uso es ampliar los riesgos cubiertos a través de "hojas adicionales", lo que conduce a que lo que es un contrato tipo por definición se convierta en tantas modalidades como relaciones jurídicas de seguro se produzcan, siendo deseable la pronta y total uniformidad.

X

Si [ La competencia de la Jurisdicción de Marina en materia de abordaje se fundamenta en razones técnicas, dependencia del tráfico marítimo de las Autoridades de la Armada, la evolución histórica y la existencia de propia dogmática penal. ] Que exista un ulterior proceso en el ámbito específico de las responsabilidades civiles y que en él se parta asimismo del hecho del abordaje, no obsta para que el aspecto penal conductista del delito en navegación sea observado por quienes pueden juzgar con la capacidad de quien también navega.

Si A lo largo de la última parte del trabajo se ha estudiado el procedimiento especial de abordaje del Código de Justicia Militar. En esas páginas hemos insistido en la cuestión, ya debatida en estas mismas conclusiones, referente a <sup>Defiende</sup> la posibilidad de la Jurisdicción castrense de tomar medidas de caución y aseguramiento respecto del buque, sin que ello signifique "que deba llegar a la "declaración" de la responsabilidad subsidiaria por parte del naviero o armador. ]

Si [ ~~Se~~ considera asimismo que existe una indebida marginación del naviero, asegurador y demás interesados en el procedimiento penal. Es insuficiente el art. 811 del CJM. Debe darse entrada al naviero como parte en el proceso.

En cuanto a la eficacia de la cosa juzgada penal, ante la jurisdicción ordinaria, entendemos:

-) En general, no se produce "de iure" excepción de cosa juzgada.

-) El juez civil queda vinculado por la sentencia condenatoria en todo lo que aquella determine.

-) Sin embargo, al cambiar el sujeto, apareciendo el naviero como responsable directo, se alteran subjetivamente los elementos procesales.

-) En consecuencia, a efectos de determinación de la obligación del demandado o demandados, se procede a nuevo enjuiciamiento valorativo.

-) Este nuevo enjuiciamiento no podrá alterar la determinada y juzgada culpabilidad del buque condenado. Sólo podrá establecer nuevos asertos sobre el montante determinante del valor de los daños y perjuicios, entrando, en su caso, en el análisis de la posible responsabilidad extracontractual del titular del buque que ha resultado inocente en la apreciación de la sentencia del Consejo de Guerra, dado que la inexistencia de responsabilidad penal de los miembros de la dotación del mismo, no prejuzga sobre la posible culpa civil.

Esta vinculación se da igualmente en el supuesto de que la sentencia del Consejo de Guerra declare que no ha existido abor<sup>u</sup>daje, lo que producirá efectos plenos de cosa juzgada, al no poder

Por el contrario, cuando la sentencia del Tribunal Militar es absolutoria, el camino está sin iniciar, salvo en lo que respecta a la aportación de los elementos de juicio que derivan de la instrucción. En algún supuesto, sin embargo, llegará al Juez Civil unos Considerandos, en los que se expresarán bases sobre simples imprudencias, no constitutivas del delito de abordaje, pero indicativas de posible culpa civil. Los puntos de vista expuestos en algunos lugares de este trabajo defienden la aplicación de los arts. 565, 600 o 586 del Código Penal, pero ese es "nuestro" criterio. En la actualidad, en multitud de sentencias absolutorias se reconoce la existencia de simple negligencia o imprudencia.

*P*  
*altura*  
Se propugnan, por tanto, varias vertientes de reforma del procedimiento y su agilización, creando un sistema rápido y sumario para faltas constitutivas de abordaje, pero susceptibles solamente de lo que pudiera encuadrarse como corrección disciplinaria, no entorpeciendo en tales casos la agilidad en el desarrollo de la vía civil. De cualquier forma es precisa una modificación y analítica interpretación de arts. que, como los 811, 812 y 813 del CJM., rozan la esfera civil. ~~Pero las reformas son ineficaces si~~ no son totales. La coordinación con el C. de C. y la adaptación de nuestro Derecho sustantivo de la navegación a la normativa internacional urge. Incluso nos atrevemos a decir que el planteamiento de alteraciones en lo procesal y organico-jurisdiccional, no tiene sentido alguno cuando las incoherencias están precisamente en el Código de Comercio y, en lo que aquí hemos examinado, en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante.

-----

## BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA  
ASPECTOS JURIDICO-MERCANTILES

OBRAS GENERALES

- BROSETA PONT, M.: "Manual de Derecho Mercantil". Madrid 1.971.
- BRUNETTI: "Derecho Marítimo privado italiano" (Traducción y anotaciones de Gay de Montella). Barcelona, 1.950.
- CHORLEY, Y y GILES: "Derecho Marítimo" (Traducción y notas por F.S. Calero) Barcelona, 1.962.
- DANJON: "Tratado de Derecho Marítimo", Madrid 1.931/35.
- FARIÑA: "Derecho y legislación marítima". Barcelona, 1.955.  
"Derecho comercial marítimo", Barcelona, 1.956.
- GAMECHOGOICOECHEA: "Tratado de Derecho Marítimo español". Bilbao, 1941.
- GARIBI, J.M.: "Derecho Marítimo práctico"
- GARCIA PARREÑO Y LOPEZ: "Diccionario del Derecho Marítimo".
- GARRIGUES, J.: "Curso de Derecho Mercantil". Tomo II. Madrid, 1969.
- LYON-CAEN y RENAULT: "Traite de Droit Commercial" Paris, 1921-1936.
- MANCA, PLINIO: "Studi di diritto della navigazione".
- NUÑEZ DEL PRADO: "Derecho Marítimo español". Cádiz, 1923

- RIPERT, G.: "Traite elementaire de Droit commercial".  
París 1.959.
- RUBIO, J.: "Introducción al Derecho Mercantil". Ma-  
drid 1.969.
- URIA, R.: "Derecho Mercantil". Madrid, 1968.
- VICENTE y GELLA, A.: "Curso de Derecho Mercantil".  
"Introducción al Derecho Mercantil Com-  
parado". Barcelona, 1930.
- VIGIER: "Curso de Derecho Marítimo", Madrid  
1.969.
-

MONOGRAFIAS, ARTICULOS, NOTAS, ETC.

- ALMANSA PASTOR, J.M.: La relación de embarco del capitán de la Marina Mercante, Oviedo 1.967.
- ANASTASIO, E.: "Alrededor del conocimiento de embarque". RDM, nºs. 3, 4, 5, 6, 10, 12 y 14. 1946-1948.
- BARRERA, J.: Jurisprudencia Marítima de los Tribunales franceses, RDM, nº 62. Madrid, 1956.
- BONASSIES, P.: Jurisprudencia Marítima de los Tribunales franceses, RDM, nº 56. Madrid, 1955.
- BOADO Y ENDEIZA, L.: "La mar, el buque, el capitán y el Derecho Marítimo. VI Semana Valenciana de Derecho Marítimo. 1960.
- CARBALLO MORALES.: "La nave y el capitán en los riesgos del transporte marítimo". En REDMar, nº 3.1.968
- CIGES, M.: "La relación de causalidad en el mar" (V Semana Valenciana de Derecho Marítimo).
- CORBERAND, J.E. "La prescription de l'action d'abordage en cas de dommages corporels". D.M.F., nº 161, págs. 255 a 260.
- CORTES: "El arbitraje en el Lloyd's de Londres en caso de colisión de barcos"; en Rev. Gral. Dro, 1.954.
- DOVER, V.: "Seguro marítimo. Clausulas y analisis"; Traducción de Gil y Carvajal. Madrid, 1964.
- DUQUE, J. "Notas sobre la publicidad del naviero", en RDM., nº 116.



- ECHEVARRIA R.L. "La conferencia de Madrid del Comité Marítimo Internacional", en RDM, nº 58.  
"Notas sobre la legislación en materia de abordajes", en RDM, nº 61.
- FARIÑA F.: Auxilios y salvamentos en el mar (Valoraciones jurídicas), Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1960;  
"La responsabilidad del armador en el transporte por mar y el vicio propio del buque".  
En REDMar., nº 3 Madrid 1963.  
El transporte marítimo y los sistemas sobre responsabilidad, Madrid, 1959.
- FARIÑA, F. y ALFIN: Nueva Ley sobre salvamentos y hallazgos en la mar, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid 1964.
- FARIÑA y AZCARRAGA: Jurisprudencia Internacional Marítima, Madrid, 1964.
- FERNANDEZ NOVOA "Reflexiones sobre la empresa"; en RDM, nº 95.
- GARIBI, JOSE "El siniestro de colisión nautica en la práctica marítima", Madrid, 1.958.
- GAY DE MONTELLA: El accidente de abordaje, Madrid, 1913
- GARCIA FRIAS "Teoria jurídica del abordaje". En REDMar. (I. Jornadas Nacionales de Derecho Marítimo). 1967.  
"Sobre la prevención de los abordajes" Oficema, 1963, nº 92
- GIRON TENA, J. "El naviero, Directrices actuales de su régimen jurídico", Bilbao, 1959.  
"La evolución de la estructura y significado económico-jurídico de la empresa en Derecho Marítimo". Valladolid, 1958.
- GARRIGUES, J.: "Estudios sobre el contrato de seguro", en RDM. nºs. 101, 105, 106, 109, 110 y 114.  
"Hacia un nuevo derecho mercantil". Madrid, 1.971.

GOÑI, J.L.

Entrada en vigor del Convenio de Bruselas de 1.967, sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques; en RDM, nºs. 109, 110.

"Notas sobre el defecto latente y la cláusula Inchmaree "en el Seguro Marítimo. En REDMar. nº 4, 1963.

GUTIERREZ DE LA CAMARA: "Derecho Marítimo", Madrid, 1956.

"Ley reguladora de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas", Madrid, 1966.

"Ensayo de jurisprudencia marítima de España", 1.954 a 1.965.- 7 fascículos.

HEVIA, J.

"El embargo preventivo de buques", Office-ma, nº 92, 1963.

Sección de "Legislación y jurisprudencia" que tiene a su cargo en la Revista "Office-ma".

LE CLERE

"L'abordage en droit maritime et en droit fluvial". París, 1.955.

LEYVA y ANDIA

"Arbitraje", en REDMar, nº 2, 1.962.

MENENDEZ, A.

"El contrato de remolque". Madrid, 1964.

"La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de Comercio "En REDMar. (II Jornadas Nacionales).

"La distinción entre remolque y asistencia", RDM nº 62, Madrid, 1962.

"La responsabilidad del remolcador y remolcado frente a terceros". En REDMar. nº 4. 1963.

MIRANDA VIRTO

"Prácticos y practicaes".- VI Semana Valenciana de Derecho Marítimo.

MESEGUER, J.L.

"Vigilancia de Pesca", en R.G.M. Octubre 1973 (Revista General de Marina).

MOLLER

"Derecho Marítimo y Seguro Marítimo", REDMar, nº 2. San Sebastián, 1953.

- MONFORT BELENGUER: "El colosal problema de los riesgos en los barcos atómicos". En RDM, nº91.  
"Necesidad de una ley especial del Seguro Marítimo". (IJN. Marzo, 67).  
"Comentarios de un proyecto sobre póliza general de cascos" (II Jornadas Nacionales de Derecho Marítimo).
- OGAYAR AYLLON: "Las responsabilidades que origina el abordaje y su efectividad" En REDMar. (I Jornadas Nacionales de Derecho Marítimo).
- OLLER, S.: "Comentarios sobre el Seguro Marítimo en lo jurídico, económico e histórico".
- POLO, A. Tradición y modernismo en el Derecho Marítimo (En REDMar, II Jornadas Nacionales de Derecho Marítimo).
- PRODROMIDES: "La Due Diligence, en el Congreso de Estocolmo de Junio de 1.963 del Comité Marítimo Internacional". REDMar., nº 5, 1.964.
- RUIZ GALVEZ Y LOPEZ DE OBREGON, F. "El arbitraje de Derecho Privado en el estado actual de la doctrina y la práctica marítima". En REDMar. nº 3 1968.
- RUSSO, R. "Panorama del Derecho Italiano de la navegación; en RDM, nºs. 66, 70 y 74.
- RUBIO, J. "Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio" Rev. Fac. D. 1940.  
"Sainz de Andino y la codificación mercantil", 1950.  
"El fletamento en el Derecho español"; Madrid, 1953.  
"La responsabilidad civil del empresario", Real Academia de Jurisprudencia y legislación. Madrid 1.971.
- RUIZ BRAVO, J.M<sup>a</sup>: "Dificultades procesales para obtener el embargo preventivo de buque mercante extranjero, por abordaje", En REDMar. nº 1 Madrid, 1.963

- SOLE DE SOJO: "El principio de responsabilidad limitada en el Derecho Marítimo, 1.957.
- THEILER, E. "Notas de estudio sobre el abordaje". REDMar, nº 2, 1.963.
- THIEBAUT "Traite theorique et pratique de l'abordage maritime"; París, 1.903.
- URIA, R. "Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del Seguro", RDM, 1.962, número 62.
- VIDAL SOLA "Jurisprudencia comercial maritime". Barcelona, 1.963.
- VIGIER "La responsabilidad del práctico en nuestra legislación". En Revista General de Marina, agosto-septiembre, 1.967.

ASPECTOS JURIDICO-PENALES, JURIDICO-INTERNA-  
CIONALES Y JURIDICO-MILITARES

OBRAS GENERALES

- ANTON ONECA Y RODRIGUEZ MUÑOZ "Derecho Penal". Madrid, 1949.
- AZCARRAGA Y BUSTAMANTE "Derecho Internacional Marítimo", 1.970.  
"Compendio de Derecho Internacional Marítimo", 1.970.  
"Legislación Internacional Marítima".
- AZCARRAGA Y FARIÑA "Jurisprudencia Internacional Marítima". Madrid, 1974.
- CUELLO CALON, E. "Derecho Penal, 1.971"
- DEL ROSAL, J. "Derecho Penal Español", Madrid, 1.960
- JIMENEZ DE ASUA "Tratado de Derecho Penal". En particular el Tomo V: "El delito" (La culpabilidad). 1.956.
- LANDIN CARRASCO, A. "Manual de Derecho Penal y Procedimientos Militares. 1.967.
- MEZGER, E. "Tratado de Derecho Penal", 1955.  
PUIG PEÑA, F. "Derecho Penal, 1969.
- QUEROL Y DURAN "Principios de Derecho Militar Español". Editorial Naval.
- QUINTANO RIPOLLES "Curso de Derecho Penal". Madrid, 1963.  
"Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal". Tomos I, II, III, IV.  
"Derecho Penal de la culpa" (Imprudencia). Barcelona, 1.958.
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M. "Derecho Penal Español", Madrid, 1973.

MONOGRAFIAS, ARTICULOS, NOTAS, ETC.

- ANASTASIO, E. "Los accidentes marítimos" En REDMar. nº 2 1.968.
- AZCARRAGA y BUSTAMANTE "Regimen jurídico de los espacios marítimos. En REDI, Madrid, 1.952.  
"Cuestiones de Derecho Marítimo y fluvial" En Anuario de la Sección de Derecho Marítimo del Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1.954.  
"Los convenios de Ginebra sobre Derecho Marítimo". Madrid, 1959.
- BACADI, A. "Nuevo Colon o sea Tratado de Derecho Militar de España y de sus Indias (I, II, III y IV).
- BLANCA CARLIER, J. de D. "El Convenio de Bruselas para unificación de ciertas reglas concernientes a las inmunidades de los buques de los Estados". Anuario de la Sección Derecho Marítimo CSIC. Madrid, 1953.
- CARNELUTTI "Teoría Jurídica del delito". Madrid, 1941.
- CASTEJON, F. "La responsabilidad sin culpa en los derechos civil y penal. ADP, 1948.
- CHAVEAU, P. "La unificación del Derecho Marítimo y el Comité Marítimo Internacional". En REDMar, nº 5, 1.964.
- ECHEVARRIA R.L. "La conferencia de Madrid del Comité Marítimo Internacional, en RDM, nº 58.
- FARIÑA, F. "El buque de guerra ante el Derecho Internacional". Madrid 1941.  
"Abordajes. Reglamentación Internacional"  
"Un abordaje en la bruma". La Revue maritime". Octubre, 1953.
- FERNANDEZ REPETO "Comentarios a la novísima legislación de abordajes, Madrid, 1926.

- GARTIEN GARDON Y GILISSEN "Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límites respectivos de las acciones!"
- GARCIA FRIAS "Radar versus derecho". REDMar. nº 7, . 1.964.
- GOMEZ ESCALERO, J. "La culpabilidad en los delitos de negligencia".
- GUTIERREZ DE LA CAMARA "La responsabilidad en el abordaje delictivo" Madrid 1.950.  
"Ensayo de la Jurisprudencia Marítima de España". (1.954-1.965) 7 fascículos.
- HERNANDEZ YZAL "La responsabilidad por abordaje en los buques equipados con radar". Barcelona, 1.964.
- FERRER VALES "Los accidentes de mar. En Revista General de Legislación y Jurisprudencia". 1926.
- MARTINEZ ESCUDERO, L. "Playas y costas". Editorial Montecorvo.
- NAVARRO DAGNINO "El Reglamento de Abordajes". Barcelona, 1.943.
- ORCASITAS "Nueva Legislación de abordajes" Madrid, 1.954.  
"Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, Madrid, 1961.
- SANCHEZ TEJERINA "Teoría de los delitos de omisión". Madrid 1.918.
- SCHMITZ, P.M. " Code disciplinaire et penal de la Marine Marchande".

## INDICE GENERAL

|  | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| INTRODUCCION .....   | 1           |
| Capítulos y sus apartados .....  | 6           |
| Cap. I El concepto del abordaje .....  | 19          |
| " II Clasificaciones del abordaje .....  | 34          |
| " III El abordaje como delito .....  | 149         |
| " IV El abordaje como delito doloso .....  | 172         |
| " V El abordaje como delito culposo .....  | 179         |
| " VI El concepto de naviero y su problemática ..   | 274         |
| " VII La responsabilidad del naviero en el aborda<br>je .....  | 282         |
| " VIII La responsabilidad del naviero en los casos<br>de abordaje fortuito, dudoso y culpable bila-<br>teral .....   | 325         |
| " IX Extensión de la responsabilidad del naviero   | 332         |
| " X Extensión de la responsabilidad del naviero<br>en el abordaje .....  | 346         |
| " XI Abordaje y seguro marítimo, en derecho es<br>pañol .....  | 375         |
| " XII El abordaje como procedimiento especial en<br>la jurisdicción de la Marina en Derecho es-<br>pañol .....       | 339         |
| " XIII El procedimiento especial de abordaje en los ar<br>tículos 808 al 817 del Código de Justicia<br>Militar ..... | 412         |